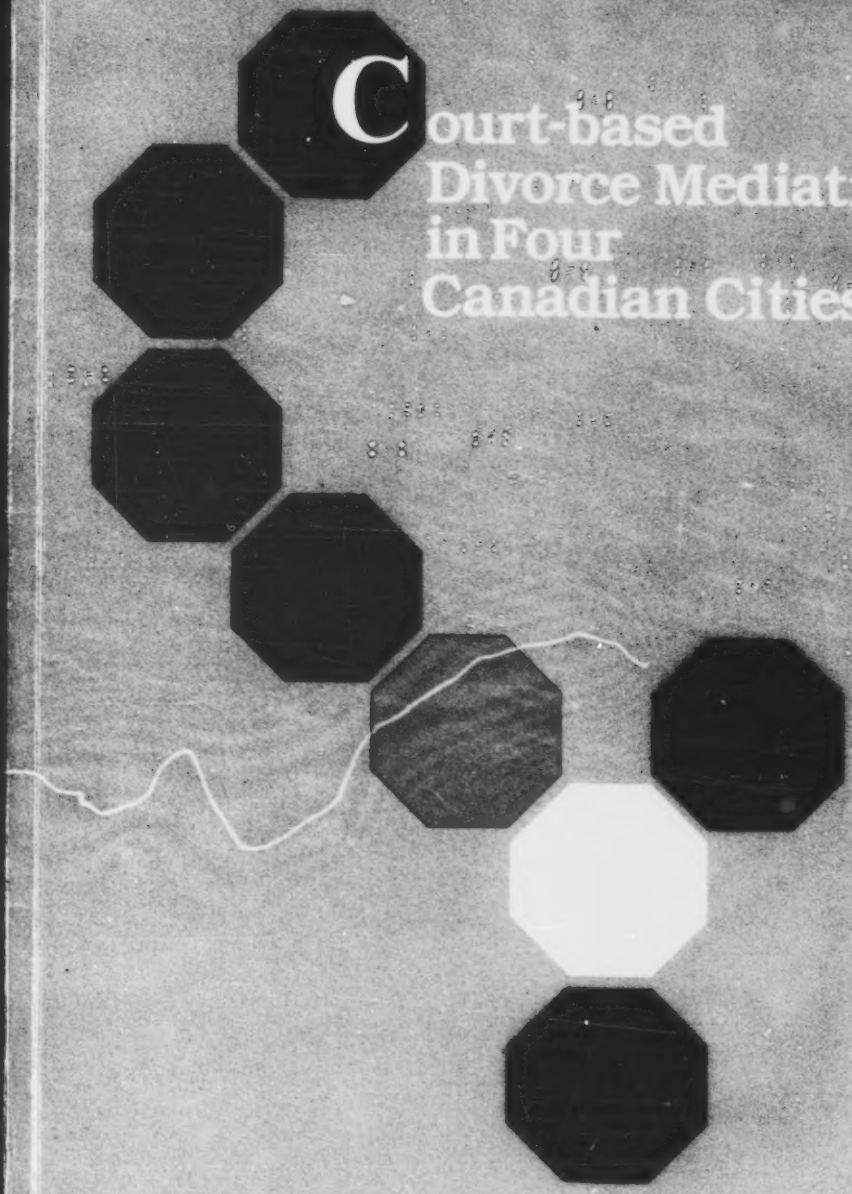
Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities:



An Overview of Research Results

Department of Justice Canada
Ministère de la Justice Canada
Family Law Research
Recherche en droit de la famille
Canada

88-03435/

Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results

C. James Richardson
University of New Brunswick

A report prepared for the Department of Justice Canada

February 1988

The views expressed in this report are solely those of the author and do not necessarily represent the views or policies of the Department of Justice Canada.

Published by authority of the Minister of Justice and Attorney General of Canada.

For additional copies:
Communications and Public Affairs
Department of Justice Canada
Ottawa, Ontario
K1A 0H8

(613) 957-4222

Catalogue No. J2-76/1988
ISBN 0-662-55722-0

©Minister of Supply and Services Canada 1988

Printed in Canada

JUS-P-486

Table Of Contents

Acknowledgements v

Part I: Introduction 1

Part II: Research on Divorce Mediation 5

Issues and Controversies 5
Changes in Family Forms and Structure 5
Consequences of Divorce 7
Divorce Mediation and Family Law Reform 8
Critiques of Divorce Mediation 10
The Research Projects 12
The Winnipeg Study 12
The Divorce and Family Mediation Study 13

Part III: Process Issues 15

Divorce Mediation in Canada 15
Professionalization of Divorce Mediation 15
Court-based and Private Practice Divorce Mediation 17
Interaction Between Lawyers and Mediators 19
The Four Models 21
Overview 22
Organization 22
Services and Scope of Divorce Mediation 23
Case Flow 24
A Profile of Mediation and Non-Mediation Clients 26
Client Perceptions 27
Settlement Rates 28

Part IV: The Impact of Divorce Mediation 31

Introduction 31
Impact on Clients 31
Divorce Mediation and Maintenance Quantum 31
Mediation and Compliance with Maintenance Orders 33
Divorce Mediation, Custody and Access 34

Access Arrangements and Orders 36
Divorce Mediation and Post-Divorce Relationships 38
Legal Costs and Mediation 40
Impact of Divorce Mediation on Court Process 40
Time Between Filing and Final Settlement 41
Relieving Fear and Anxiety about the Court Process 42

Part V: Conclusions 43

Overview 43
Social Impact 44
Scope of Divorce Mediation 45
Approaches to Divorce Mediation 46
Mandatory versus Voluntary Divorce Mediation 47
Discussion 48

Notes 51
List of References 55

Acknowledgements

The report that follows draws upon two separate but related projects on divorce mediation. The principal investigators for The Winnipeg Study were William Greenaway and Rick Sloan, while the larger Divorce and Family Mediation Study was under my own direction. In carrying out these ambitious and lengthy projects, we were extremely fortunate in having an excellent and stimulating research team and supportive colleagues. The main researchers were Lorna Doerksen in Saskatoon, Anne Champion and Bea Cherniak in Winnipeg, Judith Wood in Ottawa, Marie Kennedy-Lévesque in Montreal and, at various points in the research, Deborah Sherrard, Kathy Alexander and Grace Ollerhead in St. John's. In addition, Justin Lévesque and Dale Albers served in a part-time capacity as consultants to one of the projects. We are grateful to all of them, but we would especially like to thank Anne Champion, Lorna Doerksen and Marie Kennedy-Lévesque, all of whom were with the project from beginning to end and who contributed immensely at all stages of the research. We were also assisted by a number of part-time interviewers and coders too numerous to mention. We thank them all for undertaking what was often a difficult and emotionally exhausting task.

This research would not have been possible without the cooperation of staff in the various courts. Among those in Saskatoon, we would particularly like to thank Mr. Justice Dickson, Francine D'Aoust and Betty Ann Potruff, all of whom assisted us at various stages in the research. As the principal investigators of the Winnipeg study have noted elsewhere, that project benefited immensely from the assistance and advice of Jocelyn Gifford and her staff in the Family Conciliation Services. Associate Chief Justice Hamilton of the Manitoba Queen's Bench (Family Division), who also at times chaired the advisory committee, provided considerable informal advice on the research and the draft documents. Among the Montreal staff, we are especially indebted to Lorraine Fillion and André Murray, who both maintained considerable interest in the project and who taught us all a great deal about divorce mediation. Chief Justice Gold was also very supportive of the research, as he is of divorce mediation generally, and we thank him for his cooperation. Madame Justice Noonan of the St. John's Unified Family Court has a long-time commitment to finding less adversarial approaches in family matters and she also was very helpful and supportive with respect to this particular project. Carole O'Brien, the then administrator of the St. John's court, provided us with valuable information and assistance, as did Rick Morris, who has also left the St. John's Court. There were many others in all the courts who gave freely of their time and their knowledge, and we here express our appreciation of their less visible but essential contributions to this project.

We also enjoyed an excellent and often stimulating relationship with the members of the Department of Justice Canada who were involved in this

project. The project's genesis is rooted in early discussions between myself and two Justice employees, Margot Haug and Glenn Rivard, both of whom continued to give valuable advice and encouragement, even during times when they were committed to other projects. I would also like to thank Wendy Bryans for her excellent advice and her perceptive comments on draft versions of this and the two larger reports. The principal investigators for both projects are especially indebted to Ab Currie, who administrated these projects until very near their completion. He was an extremely efficient and capable administrator, but we particularly thank him for his encouragement, his good ideas and, above all, his trust in the work getting done. The task of dealing with the final products of this research has fallen to Sylvie Gagnon. She has proven to be an extremely able, supportive critic, who has brought insight to our work and we thank her.

Finally, we are indebted to the individuals who must remain nameless: the divorced and separated men and women who shared with us their experiences of a time in their lives that most people would probably prefer to forget. We are equally indebted to the many lawyers and mediators who took time out of busy schedules to talk with us or to respond to our questionnaires.

C. James Richardson
Fredericton, N.B.
February 1988

Part I: Introduction

All happy families, Tolstoy tells us at the beginning of *Anna Karenina*, are alike, but an unhappy family is unhappy after its own fashion. Had divorce been more common and acceptable in his time, and had he been writing a different book, Tolstoy might also have felt compelled to comment on how similar are weddings and how different are marriage breakdowns. Marriage may bring tears, but usually these are tears of happiness. Marriage breakdown almost invariably means pain, bitterness, sadness and a violent upheaval in most aspects of people's lives.

Divorce and the family patterns that develop from it send shock waves throughout the whole family system and have consequences which go beyond the immediate family and the adjustment period following separation. Aside from the emotional trauma which seems, inevitably, to accompany even the most amicable of separations, divorce also shatters taken-for-granted notions of what is meant by family and how, as a small group, a family relates to other families and other parts of the community. These are changes and effects that we are only beginning to understand and to incorporate into sociological theory about family and marriage and social policy.

As the traditional nuclear family has come under attack, divorce has sometimes been depicted as a potentially creative, rehabilitative and liberating process. It may often be all of these things. However, most of the evidence also suggests that however rational it may be, in the long run, to end an unhappy marriage is initially disruptive for at least some, if not all, family members. The fact that the actual divorce hearing is, for most people, not the protracted and highly emotional *Kramer vs. Kramer* situation, but a rather ritualistic formality taking less than 15 minutes, often hides the amount of prior anguish, hostility, fighting and negotiation which preceded it; the uncontested divorce hearing is often the tail end of a long and highly conflictual uncoupling process.

Recent years have seen a growing interest in the development and encouragement of ways of ending unhappy marriages which minimize the social, the psychic and the economic costs. One alternative to the traditional legal process is divorce mediation, the use of a neutral third party whose goal is to aid separating and divorcing couples to bring their marriage to an end with minimal pain and cost to everyone involved. Divorce mediation, or as it was previously called, conciliation counselling, is a new and only partially institutionalized approach to resolution of marital and familial disputes. It lacks the history and tradition of the legal process and, in some quarters, is viewed as either an unnecessary or even dangerous interloper into the area of family law. This report is an evaluation of this innovation in family law. It is concerned with the development, the nature and impact of divorce mediation as an alternative method of dispute resolution.

The questions addressed in this report have their origins in a Discussion Draft prepared in August 1984 (Richardson, 1984). That report drew upon a

number of Law Reform Commission working papers and reports on family law, evaluations of the four unified family court demonstration projects and other research on conciliation counselling and divorce mediation. Included, as well, were discussions of the various concerns about the implications of non-adversarial approaches which, from time to time, have been expressed by the legal profession, various associations concerned with the status of women in Canada and groups concerned with the newer issue of fathers' rights. The Discussion Draft concluded with a proposed research design to address the evaluation questions and general information needs of the Department of Justice Canada with respect to future policy decisions about divorce and the economic situation of women and children following divorce.

Further research was justified on the grounds that, while proponents of mediation are extremely enthusiastic about the alleged benefits of divorce mediation compared to traditional adversarial approaches, much of their optimism lacks empirical foundation and is often highly polemical, particularly in its depiction, indeed, caricature, of the adversary system. However, even if the optimism about mediation and the criticism of the legal system is warranted, it was felt that there is still a need to know which approaches and which models of mediation are emerging in Canada and how this essentially American-influenced approach works in the Canadian cultural, social and legal context. And while there seemed, at the time, a lack of empirical evidence to back up the concerns which have been expressed about divorce mediation, it was also believed important that the research consider the unanticipated consequences or outcomes of this approach to dispute resolution.

The conclusion was that there is a need for an evaluation of divorce mediation, one which could focus on process, on outcome and on social impact. With respect to outcome, the questions centred on determining the relative effectiveness of divorce mediation in bringing about responsible and long-lasting settlements, reducing pain, bitterness and economic hardship associated with marriage breakdown, improving post-divorce parenting and, from the point of view of the state, improving the efficiency of family courts and compliance with maintenance orders. At the same time, it was anticipated that a process evaluation could provide more systematic knowledge of how divorce mediation and separation counselling work, the various approaches in use and how such services interact with the legal profession and the court system. The social impact questions identified in the report centred on such matters as the implications of mediation for protection of people's rights, for the economic situation of women and children following separation and divorce, for the legal profession and for preservation of the family. Above all, however, the central focus of the research — the bottom line — was a concern with the role of divorce mediation in reducing the impact of marriage breakdown on children.

Accordingly, the Department of Justice Canada undertook, as one of its initiatives in the area of divorce mediation, two evaluation research projects on court-based divorce and family mediation services in four Canadian cities.[1] The larger of these projects, referred to throughout this

study as The Divorce and Family Mediation Study (DFMS), included Saskatoon, Montreal and St. John's. The second project, the Winnipeg Divorce Mediation Study, referred to simply as The Winnipeg Study, focused specifically on the Winnipeg Family Mediation Service. Although both projects were to pursue the same basic objectives and address the same questions about divorce and family mediation, recent substantive and procedural changes in family law in Manitoba and Winnipeg — in particular what is nearly mandatory divorce mediation in disputed custody cases — necessitated a somewhat different research design than was possible in the other three research sites and required a separate project.

The objective of this present report is to make available, to a wider audience, the major findings of these two Canadian research projects on court-based divorce and family mediation services. Given the scope of these projects and the many questions each addresses, this first report can only offer an overview of the research findings, one which must omit detail, the tables and many of the qualifications presented in the main reports (Sloan and Greenaway, 1987; Richardson, 1987a).

Because there has been controversy about the appropriateness of introducing this form of "informal justice" into family law, about the intended and unintended consequences of divorce mediation and about how best to evaluate it, this report is divided into several sections. The first section briefly describes the background issues and controversies in the area of family law and their relationship to divorce and family mediation. These issues formed the context for the questions addressed in the two divorce mediation studies.

The second and third sections of the report focus on findings of the two studies relevant to issues of process and outcome and social impact, respectively. The final section attempts to reach some conclusions about the general effectiveness and impact of divorce mediation, to consider the relative effectiveness of the different court-based models studied and the future of this relatively new approach to family dispute resolution.

Part II: Research on Divorce Mediation

Issues and Controversies

In Canada, divorce mediation, formerly called conciliation counselling, emerged as one response to more than a decade of criticism of family law in Canada. This body of law was attacked in terms of its philosophy, its procedures and the structural complications which arise from a legal system which gives the provinces responsibility for most family matters, but leaves divorce as a federal issue. Over the decade of the 1970s, the newly formed Law Reform Commission prepared a number of working papers and reports which documented what, at the time, were seen as the main problems and inadequacies of family law and its administration and proposed several major recommendations for change. These ranged from the implementation of unified family courts across Canada to a major restructuring and re-orientation of the *Divorce Act, 1968*.

Changes in Family Forms and Structure

A major theme running through these various critiques was the perceived failure of family law, its rules and its procedures to keep pace with and respond to changes occurring in marriage, family and divorce, or to deal with the psychological, sociological and economic consequences of marriage breakdown. For those writing in the 1970s, Meyer Elkin's earlier observation about the United States — that family patterns had changed so dramatically as to make traditional family law "a reflection of another time, another age that no longer exists" — seemed an apt depiction of, on the one hand, Canadian family law and, on the other, the "fire storm of change" that was transforming these venerable and enduring institutions — marriage and family (Elkin, 1973).

One important change was that in the years following the *Divorce Act, 1968*, the Canadian divorce rate rose dramatically and in its wake created a variety of family forms.[2] While statistically, the nuclear family was, and is still, the norm, it became apparent that, through choice or circumstance, a significant number of Canadians were now living their lives in other kinds of familial arrangements. For example, the single parent family began to take on particular prominence, but researchers could also point to other kinds of family forms that develop in the aftermath of divorce and coined such terms as "remarriage families", "blended families" and "bi-nuclear families" in an attempt to capture the essence and complexity of these new arrangements (Ahrons, 1979; Gross, 1985; Cherlin, 1978). Increasingly, then, as Margrit Eichler (1983) maintains, neither theory nor social policy can any longer be based on what she refers to as a monolithic bias about the family: today, there is no single family form which can be depicted as "normal."

Attitudes were also changing. In the 1950s and 1960s, divorce was most often viewed as disastrous, a singular event which undermined

and destroyed the family. Children of divorce were usually depicted as "products of broken homes", victims to be pitied. However, during the 1970s there was, if not an actual romanticizing of divorce, at least a new view of it as, *potentially*, a creative, rehabilitative and liberating process.

As was noted in one Law Reform Commission working paper:

> . . . divorce may provide a constructive solution to marital conflict. It should not be regarded as totally dysfunctional and prejudicial to the institution of marriage. Many divorcees enter into successful second marriages. Divorce can therefore provide an opportunity for the creation of new homes for ex-spouses and their children and hold out the prospect of a new and viable family unit (Law Reform Commission, 1975).

Similarly, Ann Marie Ambert (1980:10) began her study of divorce by depicting it as "a normal process with specific tasks to be mastered, recognizable stress to be dealt with and satisfaction and goals to be sought for." And many researchers, concerned about children in divorce, came to the conclusion that often-times they are better off living in a divorced family than in an unhappy, perhaps violent, intact family environment.[3]

In short, divorce was frequently depicted as a possible solution rather than the problem. At the same time, there was a growing belief that the state should not be attempting to buttress failed marriages or to put legal and administrative obstacles in the way of those seeking a legal resolution of their marital difficulties. Divorce, in other words, lost much of its former stigma, and while conventional marriage and the nuclear family have not lost favour with most people, there has, at the same time, developed greater tolerance of alternative family forms and family life styles.[4]

What emerged, then, was a much broader and less traditional conception of what is meant by "family" and what it means to preserve and strengthen it. An earlier view about divorce was that it is emotionally unhealthy for ex-spouses to maintain any kind of relationship, since this is seen as indicative of the inability of one or both to accept that the marriage is ended (Roman and Haddad, 1978). However, more recent thinking argues that a complete break is inappropriate when there are children; marital dissolution should not mean complete family dissolution, since separated or divorced spouses still have ongoing parental responsibilities which may be vital to the well-being of their children. As has been frequently noted, ideally, divorce does not end parental and family relationships; it changes them and creates more complicated family structures and family relationships. Thus, continuing contact between divorced spouses does not necessarily indicate a pathological attempt to cling to a now dead marriage. Rather, there is evidence that divorced parents often have the ability to maintain a co-parenting relationship while terminating, both legally and emotionally, the spousal relationship (Folberg, 1981:85).

Consequences of Divorce

However, accompanying this more benign view of divorce has been mounting evidence that the reality is almost invariably some degree of trauma and disruption for all family members caught up in the marriage breakdown. In the immediate aftermath of the decision to end the marriage, it seems to matter little who initiated the divorce; both find their lives disrupted and both are likely to experience a variety of conflicting emotions ranging from feelings of rejection, anger and bitterness to an ambivalent sense of relief that an unhappy, perhaps intolerable, relationship has ended (Cherlin, 1981).

As might be expected, conflicts which precipitate the divorce often carry over into post-divorce relationships. Kenneth Kressel, after reviewing the now considerable research on post-divorce families concludes that "the first post-divorce year is clearly terrible for nearly all couples." (Kressel, 1985:15). He is able to cite evidence that high levels of conflict persist well beyond the first year. Default on maintenance payments is one tangible indicator of conflict, but arguments about parenting and visitation appear to involve an even larger proportion of divorced couples. Even studies which have focused on couples at the low end of the conflict spectrum find that from 20 to 40 percent of divorced couples are dissatisfied with access and visiting arrangements and communication about parenting, and are at times in outright conflict. Kressel's reading of the evidence is that anywhere from 20 to 50 percent of divorced couples have been unable to work out satisfactory post-divorce relationships.

The most obvious and hapless casualties of this conflict are the children of the divorce or separation. Small children, more than anyone else, live their lives in the circumscribed world of the family. So, intuitively, we expect changes in its patterns or structure to have a momentous impact on them and their lives. To date, a causal link between divorce and various cognitive, emotional and behavioral problems has not been established with any degree of conclusiveness. However, studies that have drawn directly on the experiences of children close to the time of the marriage breakup provide us with a rather consistent picture of how parents may often seriously underestimate or be unaware of how extremely difficult a time it is for children and what feelings of anger, bitterness, confusion, anxiety and guilt are engendered by the breakup of the parents' marriage.[5]

This research suggests at least three factors which contribute to the adjustment of children following separation and divorce: 1) easy access and an ongoing relationship with the non- custodial parent; 2) a post-divorce mother-father relationship in which conflict is kept to a minimum and 3) re-establishment of an orderly and supportive household routine. In other words, most divorcing and separating people, not simply those battling over custody and access, are, at the time of the marriage breakdown and for a considerable period afterwards, in need of support and assistance. Many require help in their own adjustment, but perhaps more crucially, divorcing and separating people need help in assisting their children to adjust to the momentous changes associated with marriage breakup. Moreover, there is

agreement that children fare better when there is a minimum of conflict and they do not lose contact with one of their parents. This research buttresses the case for both divorce mediation, with its promise of more amicable settlements, and for joint custody arrangements that encourage shared parenting. Indeed, among proponents of divorce mediation, these have taken on the status of conventional wisdom.

Finally, underlying and accentuating these tensions and problems are the economic consequences that inevitably are associated with marriage breakdown. There is now considerable evidence that divorce has different economic consequences for women and for men. It generally leaves men better off, but destines a majority of women (and their children) to relative, if not absolute, poverty. Thus, to a large extent, the quality and nature of post-divorce relationships will be shaped by these economic issues, matters often more contentious than those of custody and access. Again, as many have argued, divorce mediation, in making people aware of their ongoing parental obligations, offers as a spin off the possibility of more financially responsible settlements, even when child and spousal support are not formally mediated.

Divorce Mediation and Family Law Reform

Attempts at family law reform have, then, taken place within the context of a changing view of the suitability of family law and its procedures, both to allow people to make the choice about whether to end their marriage and to mitigate some of the consequences of that decision. As one commentator noted, family litigation is distinguished from other civil actions in that it involves a much greater emotional element and that dissolution of marriage requires different procedures than those that "suffice for recovery of damages for breach of a commercial contract or reparation for forcible aggression upon person or property".[6]

At the philosophical level, the main villain to be singled out was the "traditional adversarial process", which the Law Reform Commission depicted as "one of Canada's great self-inflicted wounds" and as a weapon which should not be available to spouses who disagree over their personal relationship (Law Reform Commission, 1976:16). As the Commission argued, adversarial approaches are inappropriate, intensify pain and bitterness and impede the possibility of an amicable settlement. However, the Commission was also opposed to the fault-orientation of the existing legislation which, in its view, was seen as seldom relevant in marriage breakdown because the *grounds* for divorce and the *reasons* for divorce are usually quite far apart. People often felt forced to fabricate grounds, and this exacerbates an already conflict-ridden situation.

At the structural level, the Commission also was concerned about the lack of resources, services and procedures to deal with the social and emotional problems associated with marital dissolution. It was for this reason that the Commission advocated the development and implementation of unified family courts. Unification occurs along two dimensions. On the legal dimension it means the establishment of specialty courts presided over by

superior court judges with comprehensive and exclusive jurisdiction over all family matters. On the social dimension, it means that an array of services, including information and intake, counselling and mediation, legal advice, custody assessments and enforcement of maintenance orders, are integral components of the family court. Such services, particularly the social arm, would, it was hoped, complement the judicial side of the court and, through the use of counselling and mediation, seek to achieve non-adversarial resolutions of family disputes and, wherever possible, divert matters from formal court hearings (Department of Justice Canada, 1983).

Divorce mediation and separation counselling were given a central place in this restructuring of family law and its administration, for at least two reasons. First, such services were viewed as the most effective way to avoid or redress the supposed negative effects of the traditional adversarial system. Second, the Commission saw in the provisions of such services a way for family law to meet its more general objective of preserving the traditional family through reconciliation counselling and, where this is unfeasible, through separation counselling and divorce and family mediation, and to improve relations among family members following marital dissolution. It was, therefore, an approach which many felt should be available to all separating and divorcing couples, and some went so far as to argue that there should be mandatory exposure to divorce mediation when couples cannot agree on how to end their marriage.

Proponents of this approach have, over the years, argued that mediated settlements are longer-lasting and better protect children's interests than those imposed by the court through the adversarial approach. Through divorce mediation, it is argued, people are able to create settlements with which they can live and which keep them from returning to the court for enforcement or variation of custody, access and maintenance orders. Divorce mediation has been extolled as both a humane and cost-efficient approach to dispute resolution. It is more humane than traditional approaches because, according to its proponents, it

a) provides a more therapeutic approach to familial and marital disputes;
b) reduces rather than exacerbates the pain and bitterness associated with marriage breakdown;
c) protects children's interests;
d) produces more amicable settlements;
e) encourages former spouses to recognize and accept their ongoing role and responsibility as a parent.

Cost benefits arise because mediation

a) reduces court costs and court time because there are fewer contested cases;
b) reduces client costs resulting from lengthy negotiation and litigation;
c) reduces costs resulting from people returning to the court for enforcement or variation of orders;
d) reduces default on maintenance orders.

Critiques of Divorce Mediation

There is now a large literature offering both polemical and empirical support for these claims about divorce mediation. At the same time, there is a growing body of literature, mainly from a feminist perspective which, though not necessarily opposed to its goals and objectives, is concerned with whether divorce mediation, a form of "informal justice", is actually in the best interests of women and children.[7]

If there has been one growth area in the social sciences during the 1980s, it has been in feminist research and women's studies. Nowhere has this growth been more evident than in the areas of justice, the sociology of law and legal research generally. Feminist perspectives have often wedded theory and practice with the result that there has been mounting pressure, backed sometimes with solid research, for legislation to be made more sensitive to the particular situation of women, so that well-meaning reforms do not have the unintended consequence of worsening the already disadvantaged position of women in contemporary society.

As feminists have looked more closely at divorce mediation, no-fault divorce, joint custody and gender-neutral legislation and the accompanying end to sex-based assumptions about parenting and economic support, the earlier and more sanguine depiction of divorce has given way to a more bleak picture of its relative advantages for men but drastic consequences for women and their children. These questions form what in these studies was referred to as social impact evaluation questions.[8]

One does not have to be a feminist to appreciate something of the dilemma an approach such as divorce mediation presents to the legal system. An important component of our western system of law is the notion of due process, of a "rule by law" rather than a "rule by people." In civil as well as criminal law, an important part of due process is the existence of the adversarial system. By definition, divorce mediation is intended to sidestep the traditional adversary process. As Jay Folberg, a strong advocate of divorce mediation, has pointed out:

> The very elements that make mediation so much more appealing than the adversarial model create dangers and raise substantial issues. Because mediation distinguishes itself as a dispute resolution approach that recognizes divorce and family conflicts as matters of both law and emotion, we must ask how feelings are to be weighed against and blended with legal rights and obligations. Because mediation is conducted in private and because it is less bound by rules of procedure, substantive law and precedent, people will ask whether the process itself is fair and whether the terms of the mediated agreement are just (Folberg, 1983:11).

It is in this context that feminists have questioned whether women (and their children) might not fare better, economically, if represented by a strong lawyer (Bottomley, 1985). That is, because of their lack of experience with negotiation and with financial matters, generally, do women enter mediation with unequal bargaining power and end up settling for less than if had they used the traditional adversarial process? In other words, media-

tion is based on the notion of equality, often because there are skilled negotiators representing the two sides. However, this makes far more sense in labour mediation than in divorce mediation, where the contending parties may not have sat down at the "negotiating table" with equal resources because they are representing themselves.

Others have raised the more subtle question of whether women end up mediating their divorce within the context of implicit and explicit assumptions based in norms of patriarchy (Leitch, 1986). Mediators, by definition, are neutral parties. It has been argued, however, that whether female or male, they may unwittingly bring into the mediation session sexist assumptions. There is, then, the question of the extent to which mediators recognize that, through socialization, women and men may "bargain" quite differently and bring to the session quite different priorities.

Another concern centers on changing patterns of custody awards and the implications of this for women. Various women's groups have not generally been opposed to joint custody in principle and, indeed, to be consistent with other positions, must share some of the views of father's rights groups about neither sex inherently possessing parenting qualities. They have, however, been concerned with the unintended consequences of a preference for joint custody both among mediators and in the courts. Among other things, there is concern that where violence and alcoholism and perhaps sexual abuse precipitated the breakup of the marriage, women should retain the right to deny men custody and, perhaps, access to the children. Another argument is that joint custody often turns out, in practice, to be joint legal custody but physical custody for the mother. Yet, goes the argument, in obtaining joint custody, men are apparently able to pay less in child support than when custody is awarded to the mother. Thus, not only does the wife bear most of the responsibility for child rearing, but she may do so with fewer resources. Fears have also been expressed that when a woman is, for various reasons, reluctant to enter into a joint custody arrangement, she may be seen by the courts as uncooperative and thereby be at risk of losing custody altogether.

This is, clearly, an issue which goes beyond the advantages or disadvantages of mediating a dispute. Divorce mediation enters the picture because of its quite explicit bias towards and encouragement of joint custody, or more accurately, shared parenting. It appears that most mediators have been strongly influenced by the research on children and divorce and believe that shared parenting arrangements are usually in the best interests of the children involved in the dissolution of a marriage.

Feminists have provided the most articulate and focused critique of divorce mediation and other attempts at family law reform. The legal profession has also, from time to time, expressed reservations about this approach to dealing with marital and familial disputes. These can be summarized quite briefly. First, there is the concern whether this intervention, this form of "informal justice" adequately protects people's rights. While, as we have seen, this is a question also raised by feminists, the legal community has, from time to time, raised it more generally. Second, given that separation and divorce are legal issues, there is the question of what role the lawyer plays when a couple chooses to mediate their settlement. Finally, there is

concern about the legal status of agreements reached in mediation: are they technically accurate; will they stand up in court; are they just and equitable?

The research projects funded by the Department of Justice Canada were concerned with describing court-based divorce mediation in a number of different jurisdictions and with determining the outcomes, intended and unintended, of this intervention relative to those of the traditional adversarial system. The final section describes very briefly the two research projects and the data sources used in each.

The Research Projects

The Winnipeg Study

In the Winnipeg Study, the main problem in developing a research design was the lack of a comparison group. Since 1984, when a number of procedural and legal changes were introduced, virtually all the cases in the Winnipeg unified family court, where custody and access are at issue, are sooner or later referred for mediation. This effectively ruled out any comparison of "referred" and "non-referred" cases and the use of even a quasi-experimental design. Similarly, while couples do refuse to participate in mediation, it was concluded that comparisons between those who "accept" and those who "reject" mediation must be viewed with caution: either those refusing mediation do so because they have already worked out an amicable agreement or, at the other extreme, are so steeped in hostility and conflict that mediation is impossible.[9]

In short, the Winnipeg study is essentially descriptive and comparisons are largely subjective. That is, respondents — clients, lawyers and judges — were asked what difference mediation makes to them and to others *in their estimation and perception*. Comparative data by which to make a more objective assessment are limited to an analysis of archival data (1983 divorce cases), which unfortunately did not always permit comparisons to be made. The data for the Winnipeg Study are taken from the following sources:

1. Questionnaires administered to 282 clients entering the Family Conciliation Services between November 1985 and April 1986.[10]
2. Telephone interviews with 138 clients approximately three to four months after mediation terminated.
3. Extracts from Family Conciliation Services files for clients who had completed the questionnaire.
4. Family Conciliation Services internal statistical records and daily and monthly intake sheets for 1985 and 1986.
5. Extracts from court files between November 1985 and April 1986 corresponding to 93 individuals who were court referrals and who completed the initial questionnaire.

6. Archival data — examination of 170 divorce petitions filed in 1983 which involved an application for custody and/or access.
7. Structured telephone interviews with 42 Winnipeg family law practitioners.
8. Face-to-face interviews with each of the justices of the Manitoba Court of Queen's Bench (Family Division) and the six staff mediators working for Family Conciliation Services who were mediating cases included in this study.

The Divorce and Family Mediation Study

There are three basic components to this study: a systematic analysis of court records, the Case Analysis Study; an observational study, the Observation Study; and personal interviews with the former spouses whose cases were studied in the Case Analysis Study, the Client Interview Study. In addition to the basic research on divorcing couples, the DFMS included two supplementary studies, one involving face-to-face interviews with family law practitioners as well as a mail survey to lawyers interested in or practicing family law, the Lawyer Study and a mail survey of mediators and counsellors, the Mediation Study.

The study is longitudinal in the sense that the research plan entailed collecting data from the court files on new or recently filed separation and divorce cases (the Case Analysis Study) and then interviewing a sub-sample of the couples about six months after the case was settled (The Client Interview Study). A period of six months was chosen in order to give people some time to adjust to the divorce or separation while minimizing mobility of people out of the jurisdiction. In addition, researchers in the three mediation research sites conducted observational studies of the court-based mediation and counselling services and the relationship of these to the court process and the legal profession (The Observation Study). Informal interviews were also conducted with counsellors and mediators and other relevant staff in the three family courts. Near the end of the project, researchers returned to the courts to determine what proportions of cases — mediated and non-mediated — had shown up again for enforcement or variation of the original order.

In all, data were collected on 1773 court files, 905 divorced or separated women and men and, as a result of the two mail surveys, 220 lawyers and 219 mediators. There is also less-structured qualitative data from personal interviews with 60 lawyers active in the practice of family law in the three research sites. For two of the research sites there is detailed and extensive descriptive data from the Observational component of the research.[11]

Both divorce mediation cases and contested cases comprise a minority of all cases dealt with in family courts. For statistical and theoretical reasons, both are overrepresented since, generally, all of both kinds of cases were included in the sample. Included in the above totals were 363 court *files* in which the divorcing and separating couple attended mediation. At the interview stage, 324 *individuals* were interviewed who had used mediation to attempt to work out an agreement.

Of the 905 divorced or separated individuals interviewed, 58 percent are women. While the intent was to interview both of the previous spouses, this was not always possible, with the result that 56 percent of the sample is made up of "matched couples".[12]

In both the Winnipeg Study and the DFMS, a considerable effort was made to go beyond the systematically coded data and to include in the analysis the less systematic and more qualitative impressions, feelings and perceptions learned by researchers in the process of collecting data in the court and interviewing clients, lawyers, judges and mediators. The next part of this report, which considers some of the process questions, draws upon both the quantitative data from the research and these more qualitative data sources.

Part III: Process Issues

Divorce Mediation in Canada

The notion and use of mediation as a way to settle disputes has a long and ancient tradition.[13] Its application to matrimonial disputes is, however, quite recent, not more than a decade old. In Canada, this is still a new and developing field with unresolved debates about approach, scope, goals and the appropriate qualifications for becoming a divorce mediator.[14]

The past few years have seen the concept of divorce mediation eclipse earlier notions of reconciliation and conciliation counselling. Many who work in this field still refer to themselves as counsellors. It is apparent that the line between therapeutic counselling and divorce mediation has not been clearly and uniformly drawn by most practitioners.[15] Thus, as discussions and presentations at various conferences suggest, this is an occupational group still very much caught up in the "process of professionalization".

Professionalization of Divorce Mediation

One of the first steps in that process, formation of an organization, has already occurred at both the national and provincial levels. Second, these newly formed associations have recently developed codes of ethics "governing relations of family mediators with their clients, their professional colleagues and the general public".[16] Such codes have gone some way toward defining divorce mediation and its place in the legal system. What particularly distinguishes a profession from an occupation, however, is its ability to determine entry requirements and qualifications.

A matter of continuing debate and controversy is the question of whether, at this point, one should attempt to specify the qualifications and experience required to identify oneself as a divorce and family mediator. On the one hand is the understandable concern that, at present, virtually anyone can be proclaimed a divorce mediator. On the other hand, the prevailing consensus seems to be that in this relatively new field, it is premature even to try to set out minimal qualifications for mediators.

There are at least two reasons for not, at this stage, setting out qualifications. The first is that, at this point, most of those who offer or are interested in divorce mediation have come to it by a variety of routes and as much by accident as design. While most have professional training in mental health fields, specific training in mediation has come from attendance at workshops presented by individuals who have written what Kressel (1985) calls "enthusiastic 'how to' manuals addressed to the prospective or novice divorce mediator".

A second reason is that divorce mediation, developed essentially in the United States, has emerged out of two quite distinct fields with rather different orientations. There is no doubt that the dominant orientation has

been conciliation counselling so that most, who now refer to themselves as divorce mediators, were trained in one of the mental health professions and bring to this field an implicit and often explicit bias towards counselling and therapeutic-based approaches. However, as lawyers have become interested in mediation, they have been drawn towards the much more structured and goal-oriented approach of what has come to be called "alternative dispute resolution" techniques. This approach to divorce mediation draws upon the same body of theory and strategy as is used in mediation of labour and other disputes.[17] The orientation and goals of social workers are eschewed in favour of approaches which, in effect, set the emotions aside and which deal with the basic issues: who gets the children; how the property will be divided; who pays whom and how much and for how long. Coogler (1978) who, before his death, trained nearly half of all American mediators (Pearson et al., 1983), believed quite firmly that there should be a division of labour between those who helped divorcing couples reach a settlement and those who dealt with the accompanying emotional problems.

To date, however, it is apparent that divorce mediation in Canada has, as it were, emerged like a phoenix out of the ashes of the more traditional field of conciliation counselling. Thus, many who a few years ago defined themselves as conciliation counsellors now think of themselves as divorce mediators. Yet, as observations of the four services included in the present research indicate, while all have drawn upon and been influenced by recent literature on divorce mediation, few, if any, have entirely departed from the earlier notion of reconciliation and conciliation counselling, and there is every reason to believe that this is generally true of Canadian divorce mediators. One indication of this is that Howard Irving (1980), who has trained many Canadian mediators and who, through his writing and lectures, has had a dominant influence on the field, still believes it important that divorce mediation deal with both the emotional and practical aspects of marriage breakdown.

As Canadian lawyers have so far shown little interest in practicing mediation, the shift in terminology appears to have more to do with communication than a change in goals. That is, there is now consensus that the concept of conciliation counselling is simply too confusing. While it is conceptually quite possible to think of a continuum between reconciliation — keeping the marriage together — and conciliation counselling — reconciling the issues and ending the marriage — it is evident that this is a difficult distinction for people outside of the field to make. For both potential clients and, for that matter, judges and lawyers, the term divorce mediation does appear to convey better the goals of this approach. Mediation is also a term that seemingly resonates better with court administrators and the legal profession; mediation is understandable and familiar from other areas of dispute.

Moreover, in court-based settings, divorce mediation may seem more attractive because it offers measurable results in a fixed amount of time. In contrast, counselling is often more open-ended, its goals sometimes vague and fuzzy, and success often lies in the minds of the counsellor and the counselled. In short, in a legal system in which cases, except for a most vexatious minority, have beginnings and endings, it is much easier to sell mediation than conciliation counselling.

Court-based and Private Practice Divorce Mediation

In Canada, divorce mediation and conciliation counselling have generally been offered as court-based services available free to couples in need of assistance with ending their marriage. However, in many communities, clients seeking a divorce or separation have recently had the option of turning to the private sector for assistance with resolving their disputes. Because this has been such a recent development, most of the evaluation research has focused on court-based services.

However, in the United States, Pearson, Ring and Milne (1983) have carried out a survey of mediators in both the private and public sectors. Their findings suggest some important differences between the two. Generally, private practice mediators are more likely to mediate financial matters, such as support and property division as well as custody and access, whereas most court-based mediation is restricted to the latter two issues. Second, and not unexpectedly, public-sector mediation is cheaper and involves fewer sessions than in the private sector. Third, clients who use private-sector mediation appear to do so on a more voluntary basis than those using court or public-sector services, where the source of referral may often be the court. Fourth, while neither group offers only divorce mediation, the proportion of the case load made up of divorce mediation cases is much higher in the public than in the private sector, which in turn suggests that those working in the courts generally have more experience than their counterparts in the private sector. This profile also indicates that, while the majority of divorce mediators are trained in one of the mental health fields, those who are trained as lawyers are almost exclusively working in the private sector.

Canadian data come from two related sources. The first is the recent *Profile of Divorce Mediation and Reconciliation Services in Canada*, commissioned by the Department of Justice Canada. Second is the mail survey included in the DFMS which posed additional questions to those identified in the initial inventory and profile (The Mediation Study). The findings of both suggest a very similar pattern to that found in the United States.

In both the United States and Canada, recent years have seen an impressive growth in the number of individuals involved in divorce mediation. The profile, for example, was able to list some 476 individuals representing 707 agencies, organizations, government services or private practices. The profile notes that 36 percent of those responding were in private practice, 28 percent were in non-profit community agencies, 26 percent were in unified family courts and 4 percent were in a range of agencies or settings.

As is also observed in the profile, those responding to the survey have impressively high educational qualifications, with 71 percent of mediators and 81 percent of reconciliation counsellors holding a post-graduate degree. While fewer of those who responded to the Mediation Study (61 percent) hold a second or third degree, virtually all (93 percent) have at least a bachelor's degree, usually a Bachelor of Arts (76 percent). The most common second degrees are psychology (38 percent) followed very closely by a

Master of Social Work degree (37 percent). As in the main survey, about 10 percent of counsellors hold a PhD degree, again most often in psychology (65 percent).

It appears, however, that few if any of these counsellors have had formal training in mediation. Rather, virtually all indicated that their training had come from on-the-job experience, from short-term workshops and from reading. Thus, it is not surprising that less than one-fifth of the counsellors reported that they adhere to a particular mediation model or approach. Rather, most have developed their own approach, at times, it seems, drawing upon and adapting existing models to fit their particular circumstances and/or personalities.

In short, the evidence available on the qualifications of divorce mediators suggests that fears about an influx of poorly qualified and non-professional people into the field are unfounded. At the same time, the fact that this is such a new field does mean that few mediators were able to train formally in mediation; those practising are at the moment highly educated but not often highly trained in the techniques of divorce mediation. Assessments by lawyers bear out this conclusion: 85 percent of those surveyed in the DFMS view mediators as well qualified in mental health and counselling, though most, 72 percent, felt mediators are lacking the necessary qualifications to deal with the complexities of family law.

Some sense of the newness of divorce mediation is that counsellors responding to the Mediation Study report that they have, on average, 9.9 years of counselling experience but only 5.3 years of mediation experience. These same respondents indicate that about one-fifth of their total case load is made up of mediation cases. On average, respondents estimated that only about 51 percent of their income comes from counselling, mediation and custody assessments. There are substantial differences between court-based and private practitioners. For the former, 81 percent of their income comes from these activities, compared with 26 percent of those in private practice.

Other kinds of differences can also be observed between court-based, community-based and private-practice mediation in terms of when mediation occurs and the source of the referral. Court-based mediators deal with couples at various points in the uncoupling process, but most frequently after the couple has actually separated (47 percent) and when legal proceedings have been initiated or are in process (27 percent). Of some interest is that, overall, about 11 percent of the cases seen by divorce mediators are after divorce or legal separation, presumably to deal with ongoing or new problems of access or, in the case of joint custody awards, shared parenting arrangements.

For court-based mediators, there is less likelihood of dealing with clients who are undecided as to whether to end the marriage and for whom reconciliation is one possible outcome of meeting with a counsellor or mediator. Also, they are, as would be expected, more likely to be involved with couples after court hearings have begun and after the case is settled legally.

Divorce mediators in private practice and in community-based agencies, receive a higher proportion of their referrals from lawyers than do

court-based divorce mediators (33 percent and 22 percent respectively, compared with 13 percent). For all three groups, a major source of clients are "self-referrals" (32 percent). Aside from this source, court-based mediators report that their main sources of cases are court intake procedures and referrals from the court itself (22 percent and 18 percent, respectively).[18]

Divorce mediators estimate that, on average, couples attend 3.5 mediation sessions. Here, again, there are differences when the type of service is considered. The average number of sessions is 2.4, 4.6 and 3.4 for court-based, private practice and community-based services.

Another important difference between court- and non-court-based mediators, is that the latter estimate that a greater proportion of their cases end in reconciliation (16 percent compared with just over 6 percent). This is no doubt due to the greater mixture of marriage counselling cases in the case loads of non-court-based services and the fact that most court-based services do not officially offer reconciliation counselling.

The overall settlement rate is estimated by mediators at about 54 percent and, in another 17 percent, they believe there has been a partial settlement or a "narrowing of issues". As is described, below, these estimates of settlement rates are congruent with what was found in the court records and with clients' perceptions about the success of the mediation process. There are only small differences between the three types of services with respect to these estimates.

Interaction Between Lawyers and Mediators

Over the past decade much has been written on the supposed evils of the adversarial system and the need for alternatives to this supposedly inappropriate and harmful approach to the resolution of disputes related to marriage breakdown. Much of the criticism — whether from those writing for the Law Reform Commission or in mediation books and journals — has often been highly polemical and simplistic. Indeed, as Kenneth Kressel (1985) has observed, there is a certain irony that those committed to compromise and non-adversity have, perhaps inevitably, introduced an adversarial quality into this anti-lawyer, pre-mediation rhetoric and polemic.

However, even if in the past a case could be made about the deleterious effects of the traditional adversarial approach, the present research suggests that these have to a great extent been diluted, and in some ways undermined, by changing philosophies, attitudes and practices within family law in Canada. In the latter part of the 1980s, it is more difficult to maintain the belief that there is a real clash of cosmologies between lawyers and mediators. For example, three sets of questions posed to both lawyers and mediators in the supplementary studies in the DFMS failed to reveal substantial or patterned differences between the two groups of professionals with respect to 1) goals of settlement, 2) obstacles to settlement, and 3) attitudes about divorce mediation. On the basis of these measures, it is difficult not to agree with Kressel's conclusion that mediation is an alternative form of dispute resolution probably no better or worse than the more traditional approaches used by lawyers in negotiation (Kressel, 1985:178).[19] Apparently, both groups of practitioners see themselves as facing much the same set of

obstacles and the same tensions and difficulties. Thus, researchers should probably not expect significant differences in outcome between cases handled by lawyers through negotiation and those dealt with through divorce mediation.

In any event, few of the lawyers interviewed in the two studies fit into the stereotype of the litigious divorce lawyer concerned only with winning his or her case and with collecting an exorbitant fee at the end of the process. Nor was it possible in this Canadian sample, as it was for Kenneth Kressel (1985) in his American sample, to dichotomize them into what he calls "counsellors" and "advocates". While virtually all the lawyers interviewed are prepared to and do enter into litigation when necessary, the vast majority prefer to negotiate a settlement, because they believe that people are more satisfied and more likely to live with a negotiated settlement than with one imposed by the court. Some also pointed out that in the majority of family law cases there is no financial incentive to go to trial, because usually the lawyer cannot bill for all the time involved or at least has trouble collecting. Most would prefer to do many simple uncontested cases than a few expensive and protracted custody cases.

As well, some also noted that the outcomes of litigation are often unpredictable, making it preferable to negotiate whenever possible. Others pointed out that even though the client may wish to be litigious, they cannot always acquiesce to his or her demands; they deal with the client one time only, but must deal regularly with the lawyer for the other party.[20] At the same time, the lawyers interviewed and surveyed evinced little interest in doing mediation themselves. While in each of the four research sites there are some who have either taken mediation training or intend to do so, there is hardly the groundswell of interest sometimes reported at conferences and elsewhere.

Nor are lawyers explicitly opposed to divorce mediation or particularly concerned about either its impact on protecting people's rights, on their own role in family law or on their livelihood. Indeed, many could give reasons why it is advantageous for people to mediate their disputes, and some claimed to be advising their clients to attempt mediation. However, analysis of court files and interviews with mediators and counsellors show that the actual number of referrals is quite insignificant; about 12 percent of referrals to the court-based services in the DFMS research sites could be identified as a direct referral from a lawyer. As the mail questionnaire results show, while about 85 percent of lawyers advise clients about the existence of mediation, in only 10.4 percent of their cases is there actual encouragement to attempt divorce mediation.[21]

Most, 91 percent of lawyers surveyed, are aware of the services in their community and, as mentioned earlier, some 85 percent report that they advise their clients about mediation.[22] However, in answer to the question of whether they are more likely to advise clients to seek personal counselling rather than divorce mediation, 29 percent said personal counselling, 23 percent, divorce mediation, and 42 percent said both about equally. In Winnipeg, lawyers referring clients to one of the services in the community do not appear to make a very clear distinction between those that offer mediation and those that offer only marriage counselling and emotional support

to people involved in marriage breakdown. Both sets of data, then, suggest that there is some confusion among family law practitioners as to the meaning and objectives of divorce mediation.

While some 75 percent of lawyers would refer intractable disputes to a divorce mediator, only three percent of lawyers would do so if the client has serious emotional problems. About 40 percent would not refer a case if there is extreme hostility, and 30 percent would not do so if there is a history of wife or child abuse. A somewhat higher proportion, 47 percent, would not refer to mediation if there is perceived to be an imbalance of power between spouses or if the client is not emotionally adjusted to the separation.

As with mediators, lawyers are divided as to what is the appropriate level of involvement and proper timing of their involvement in the mediation process: 60 percent believe that the lawyer should be involved at all stages, while 40 percent believe that their role should be limited to reviewing the final settlement. Nevertheless, 88 percent of lawyers would continue legal proceedings while divorce mediation is in progress. It is also of interest that 31 percent of lawyers favoured mandatory mediation, where custody and access are in dispute, while another 50 percent gave qualified answers. Many in this category suggested that there should be greater use of custody assessments and interviews during the court hearing of all parties to the dispute. Only 11 percent gave a categorical "no" to this question.

Given the supposed concern of the legal profession with mediation of financial and property matters, it is also of interest that 70 percent of the lawyers interviewed and surveyed believe that divorce mediators should deal with custody, access and maintenance, while only 14 percent believe that it should be limited only to custody and access. Less than one percent believe mediators should deal with property matters and about 15 percent either don't know or were disinclined to answer this question.

The Four Models

As described earlier, the data base for the present research are the courts and mediation services in Saskatoon, Winnipeg, Montreal and St. John's. Direct observation and research on these four services provide findings which are generally congruent with those generated from the survey of divorce mediators and family law practitioners. However, this part of the research does permit a more detailed picture of the specific services, their commonalities and differences.[23] In the following paragraphs, the four court-based services are briefly described and compared in terms of a number of dimensions: organization, scale of operation, scope of mediation, case flow and approach.

Overview

At the outset, it should be noted that, while the initial intent was to study several different models of divorce mediation in several different kinds of communities, there is, on various dimensions, sufficient overlap as to make it impossible to talk of four analytically and empirically distinct approaches or models. In other words, court-based models of divorce mediation have more commonalities than differences. For example, in terms of scale of operation, services offered, history and philosophy, the services in Saskatoon and St. John's are much alike. Both began in the late 1970s as new and innovative components of unified family court demonstration projects. Both were created as social arms of their respective courts and were expected to provide what was then called conciliation counselling as one among a range of services. Both serve jurisdictions similar in size and not all that different in terms of the economic situation of their clients, many of whom choose to separate under provincial legislation rather than the more costly federal legislation.

While the Winnipeg court serves a larger jurisdiction, its conciliation service has in common with the two smaller sites that divorce mediation must compete with the provision of other services: intake, information services, short-term counselling and, above all, court-ordered assessments or investigations. In all three, mediation is confined to matters of custody and access. On the other hand, a unique feature of the Winnipeg court is that where either of these issues is contested, there is nearly mandatory mediation: judges consistently refer appropriate cases to mediation.[24]

The Montreal court and Family Mediation Service stands in marked contrast to the other three services studied. Apart from the size of the court and the service, one unique feature is that there is mediation of maintenance and property division as well as custody and access. With the assistance of a consulting lawyer, another unique aspect of this service, it has been possible to offer global or comprehensive mediation. In addition, because there is a parallel service responsible for custody assessments and investigations as well as an individual solely responsible for intake and information, the service is able to devote itself almost entirely to divorce mediation. One result of this specialization has been the development of a more structured and uniform approach to divorce mediation than appears to be the case in the other three research sites. Further aspects of the structure and process of the four courts are considered in the following paragraphs.

Organization

The sizes of the four services bear little relationship to the size of the court and jurisdiction. In Montreal, where the court serves about one-tenth of Canada's population, there are seven mediators (plus a coordinator and intake worker). In contrast, the Winnipeg court, serving a relatively smaller jurisdiction, has nine social workers (plus a director). At the time the research was underway, the two smaller courts had social arms with four counsellors and a coordinator (Saskatoon) and two and a half positions

(St. John's). The result is that, on a purely statistical basis, separating and divorcing couples in Montreal have less access to court-based mediation services than in the other three courts. However, offsetting this is that only a portion of the counsellors' time in the three smaller sites is devoted to divorce mediation, whereas Montreal mediators spend the majority of their time in this one area. In any event, there was no indication in Montreal that there is an unmet demand for mediation services or an unduly long waiting time for an appointment.

In all the research sites, the services are physically located in the family courts, and the services that they provide are free to individuals and couples living within the jurisdiction of the court. At the time that the unified family court demonstration projects were implemented, there was controversy about whether it is more appropriate to have the social arm administered by the Department of Justice than by the social services in the respective provinces. The argument for locating it in the Justice department was that this would encourage the notion of the social arm being an integral component of these innovations in family courts. On the other hand, attachment to a social services department was seen as leading to greater autonomy and equality of the social arm vis-à-vis the legal and judicial arms of the court. In two of the four research sites, the decision was, in fact, to retain the social arm within the departments of Justice. Subsequent evaluations of the four projects suggested that, generally, the social arm fares better within the court when it is administered by and has the support of a department of social services (Department of Justice, 1983).

With the exception of St. John's, the services studied in this project are responsible to ministries of social or community services. The general outcome is that these services appear to operate quite independently and autonomously from the court. Thus, the Montreal Family Mediation Service views its day-to-day mandate as coming, ultimately, from the clients it serves. Similarly, in Saskatoon the social arm has deliberately been viewed as distinct from rather than an appendage of the court and, in practice, the legal and social arms do operate as relatively autonomous units. This also seems to be the case in Winnipeg, where the service has considerable independence in setting policy. In contrast, at the time of the research, the staff of the St. John's social arm appeared to have little control over policy or setting of priorities. One result was that mediation generally took second place to other, more short-term services, notably intake, providing of information and short-term counselling.

Services and Scope of Divorce Mediation

In all the research sites except Montreal, where there is a separate service, counsellors who provide mediation are also regularly required to prepare custody assessments or investigations, as they are variously called. These take up to 40 hours to prepare and obviously use up a good deal of the time available for counselling and mediation. As an "approach of last resort", custody investigations are viewed by most mediators as the most stressful and least-liked aspect of their work. Not only does it take them

away from counselling and mediation, but they must also appear in court and undergo cross-examination. Moreover, in preparing a custody assessment and in making explicit or implicit recommendations as to what is in the best interests of the children, counsellors must abandon the role which is so much part of their training and orientation as a neutral and non-judgmental third party.

Aside from the problem of roles and the time required to carry out an investigation, the combination of counselling, mediation and custody assessments in the same service has the additional problem that counsellors involved in mediation cannot ethically conduct a court-ordered custody investigation. This is true because in all the services, mediation is "closed", in the sense that what is said and written down during the mediation session is confidential and, without the consent of the parties, will not be used in court or elsewhere. The possible exception is Saskatoon, where counselling, viewed as a separate process, is confidential, while information gathered in the course of mediation or a custody investigation is potentially available to the court. However, since as elsewhere it is the policy of the Saskatoon service that a counsellor provide only one type of service to a client or a couple, in practice mediation seems to be closed.

Case Flow

Observations in the research sites indicate that counsellors or mediators, as they are variously called, conceive of mediation as moving through a fairly distinct sequence of stages. The most structured of these services is Montreal. There, the first stage of mediation requires that the mediator assess the willingness and readiness of the couple to enter mediation, and that he or she identify with the couple the specific issues to be mediated. Defining the issues to be mediated is done jointly by the couple and the mediator. The mediator explains the basic rules governing the process of mediation and establishes a contract between the service and the clients.

The second stage of mediation concentrates on the needs of the children and the discussion of living arrangements for them. This stage focuses mainly on custody and access and questions regarding the best interests of the children. Since, as noted earlier, the service is empowered to mediate all issues, the third stage is one in which an attempt is made to reach decisions about support and property division and, with the aid of the consulting lawyer, to work out a memorandum of agreement.

While the Winnipeg service is limited to mediating issues of custody and access, the sequence is not all that different. The initial contact with the client is described by all the counsellors as "an interactive rather than a didactic process". The intent, in other words, is to determine the clients' initial position and to provide information about the nature of divorce mediation and the benefits they may gain from using this approach to ending their marriage. Timing is also recognized by most counsellors as extremely important. While most believe that mediation can be helpful at any point, there is consensus that it is more difficult to mediate a settlement at the very early stages of separation, when emotions are still in turmoil, and at the

later stages, when one or both parties have decided their objectives can be best met through the court process. Once a decision has been made as to whether mediation is possible, the second stage, actual mediation of custody and access, begins.

Mediation is also conceived of as occurring in stages. However, counsellors begin by determining whether they have a counselling, mediation or marriage counselling case on their hands. In general, when a client approaches the court for information on maintenance and custody, he or she is invited to bring the other spouse in for consultation and possibly mediation of the basic issues of custody and access. In other words, while in some services the counsellor writes or phones the other spouse explaining the service and suggesting an appointment, in Saskatoon the policy is essentially reactive rather than proactive; in the coordinator's view, if people can't communicate sufficiently to discuss in a joint meeting, there is little point in attempting mediation.

If couples do approach the court, the general sequence is for the coordinator, in a preliminary interview, to assess the needs and wishes of the couple. If, in the coordinator's view, what is being sought is marriage counselling — that is, reconciliation, the couple will be referred to a public or private agency outside the court. This is the procedure because, as a matter of policy, the UFC does not offer reconciliation as a primary service.

The outcome of the first session, then, can take three forms: a) the couple are assessed as in need of reconciliation counselling and are referred out; b) the couple are unsure of what they want and are, therefore, scheduled for separation counselling; c) the couple are committed to ending their marriage and are scheduled for mediation. Separation counselling can, however, have two basic outcomes: the couple conclude that they wish to work to save the marriage or they wish to end the marriage. If the latter, they proceed on to mediation; if the former, counsellors do offer a limited amount of what is essentially reconciliation counselling.[25]

Those involved in these court-based mediation and/or counselling services deal with clients who approach the service with various needs and problems. Some want information and direction, some want counselling and others, recognizing that their marriage is over, want to try mediation. Faced with these various demands, counsellors and mediators in each of the four courts have, understandably, remained relatively eclectic in their approaches and have developed and use a wide range of counselling and mediation skills and models, depending on the situation in which they find themselves.

Each has his or her own style of using these skills and approaches, and few seem to be completely committed to a particular mediation model, though there are preferences. Thus, Montreal mediators seem to have been most heavily influenced by Haynes (1981), while those in Saskatoon and Winnipeg most often mentioned Saposnek (1983). The dominant influence in St. John's has probably been Howard Irving (1980), as a result of workshops he has conducted, although counsellors there were certainly aware of and had been influenced by the books and articles produced by the leading American experts on divorce mediation.

At the same time, while observations in the courts do suggest that most of the counsellors are able to shift between counselling and mediation modes in response to clients' needs, the preferred and usual approaches of individual counsellors range across a continuum from relatively structured and practical on the one hand, to relatively unstructured and therapeutic on the other. For example, one counsellor in Saskatoon frequently requires his clients to do weekly assignments or exercises that get them focussed on different aspects of their separation or divorce and prepare them to discuss these issues at subsequent sessions. In Winnipeg, one counsellor characterized his style as "business-like" and practical and as usually steering away from "relationships", while others described their approach as relatively "therapeutic" and concerned with "communication skills". In Montreal, where mediation is relatively structured, mediators, though moving back and forth along this continuum, also have their own particular styles and approaches.

A Profile of Mediation and Non-Mediation Clients

An important component of the process evaluation is the question of who uses divorce mediation services and who does not. The reason, of course, is that critics of evaluations of divorce mediation have often raised the issue of self-selection. That is, are those who voluntarily choose to mediate their settlement different, in important ways, from those who do not? It was possible in the DFMS data to address this issue in some detail. The findings are in accord with most other studies of divorce mediation (Pearson and Thoennes, 1983; Kelly, 1987).

On the whole, those who chose this alternative are slightly better off financially, are better educated and are more likely to be employed in a white-collar occupation than are those in the non-mediation group of divorcing and separating couples. While average differences in gross income are slight, about $100 per month for men and $207 for women, mediation clients are nearly twice as likely to have incomes above $20 000 than are non-mediation clients (43.4 percent and 24 percent respectively). Similarly, about 55 percent of mediation clients have educational attainments beyond high school, compared with about 40 percent of non-mediation clients. Furthermore, 49 percent of mediation clients are employed in a non-manual occupation and 26 percent were classified as working in a professional occupation. Comparable figures for the non-mediation group are 29 percent and 10 percent respectively.

An argument which is often made against divorce mediation is that those who choose this approach comprise the more reasonable and less hostile segment of separating and divorcing couples. Predictably, there are those who argue just the opposite: mediators get all the "tough" cases. The DFMS data from the court files and the client interviews suggest that both arguments are probably exaggerations. While those who attended mediation are more likely to use fault grounds and have more issues in dispute than non-mediation couples, the differences are not great. Thus, the data

indicate that both lawyers and mediators deal with a mixed bag of cases: both groups of professionals get an equal share of easy and difficult cases.

Analysis of motivations for attending mediation give further insight into the kinds of cases dealt with by mediators. Both the DFMS and the Winnipeg Study interview data suggest that there are at least three separate groups or categories within the sample of people who attended mediation. First, there are couples who had already worked out an agreement and simply wanted to review their arrangements in order to have them made legal. This group came to mediation primarily for information on how to proceed legally and for reassurance that what they had worked out was, in fact, in the best interests of the children. In other words, some who go to mediation want an expert opinion that what they are proposing to do is just and equitable and won't do harm to the children.

A second category includes couples who want to reach an agreement on the issues related to the breakup of their marriage, but are afraid to try and settle these directly between one another; though there was not yet hostility or disagreement, some couples who chose mediation feared that things would soon escalate into bitter conflict if they were left on their own to work things out. In this group are also some who feared that lawyers would make things worse by exacerbating the level of conflict. Third, there are couples who are already in conflict over one or more issues and who, as a last resort, want the help of a neutral third party to resolve the dispute and help them reach an agreement.

It was apparent, as well, that the line between counselling and mediation is, for most clients, not well-defined. As some pointed out, they attended counselling and/or mediation to help them get through the whole ordeal of ending their marriage, to try to diffuse some of the hostility and, as more than one person put it, "to smooth the conflict out for the sake of the kids." Thus, in the DFMS, about 40 percent of the women and about 20 percent of the men attended mediation in anticipation of receiving "emotional help" and, in the Winnipeg Study, about one-fifth indicated that one motivation was the "need to talk".

Client Perceptions

Levels of client satisfaction with mediation are, in both studies, similar to what has been found in other evaluations. That is, 80 to 90 percent of respondents felt the mediator was fair, understood their situation, was friendly and approachable, had given them an opportunity to express their concerns and feelings and had clearly explained the choices available to them. Only a minority, under 16 percent, felt that they had been pressured into accepting an agreement before they were ready. Most would also recommend mediation to a friend going through a similar situation.

At the same time, it must be noted that for the most part both those who did and did not attend mediation were also satisfied with their lawyer. Most, over 80 percent of men and 88 percent of women in the DFMS, found their lawyer to be helpful and understanding and let them express their needs. Both groups are, however, less sure that what the lawyer did was worth the

cost, since only about 51 percent of the women and 44 percent of the men felt that they had got their money's worth. Here, it is worth recalling that the court-based services studied in these projects are free. It is quite possible that had people been required to pay for this service, similar proportions may have felt that they didn't get their money's worth, that they could, in retrospect, have worked things out by themselves.

It should be noted that those who were dissatisfied with their lawyers were extremely dissatisfied. These respondents were very bitter and angry and provided voluble accounts about how they had been treated or how the lawyer's actions (or, more often, inaction) had worsened an already difficult and stressful situation. In contrast, those unhappy with their divorce mediation experience were much less vehement in their criticism. To repeat, most people were satisfied with their legal representation, and there was no difference in evaluation of lawyers between those in the mediation and those in the non-mediation groups. In other words, the data do not suggest that participating or not participating in divorce mediation has any measurable effect on people's assessment of their legal representation.

Settlement Rates

Before turning to outcomes of divorce mediation, it seems fitting to conclude this section by looking at the overall success of mediation in bringing about a settlement. While this may seem an obvious question in a report devoted to a study of divorce mediation, what constitutes success turned out to be difficult to define. Mediators, and apparently clients, tend to think of the results of mediation as falling along a continuum between full settlement and no agreement whatsoever. In the middle are less clearly defined outcomes such as partial settlement and narrowing of issues. As mediators like to joke, there is always the possibility of failure in divorce mediation: the couple may decide to reconcile.

The DFMS data from the court records indicate that complete settlement was reached in just under half of the cases (49 percent). If to these are added those defined as a partial settlement, it could be concluded that mediation is successful in about 64 percent of all cases. If the six percent of cases that resulted in reconciliation are excluded, complete settlement was reached in 53 percent of the cases and full or partial settlement was achieved in just over 68 percent of the cases. To put it the other way round, mediation was entirely unsuccessful in about 25 percent of the cases: either the couple could not agree or the sessions were terminated by one or both parties. Separate analyses of the three DFMS research sites show a remarkable degree of similarity in the likelihood of either a full settlement or a partial agreement.

Clients interviewed in the DFMS have a somewhat different and, on the whole, less sanguine perception of the rate of settlement in mediation. Only 38 percent of those interviewed indicated that a full settlement was reached at the mediation stage. Another 20 percent perceived that there was either an agreement on some issues or partial agreement. By turning it round,

28 percent left mediation without an agreement, a figure reflected in the fact that about 34 percent of mediation cases were, in the final analysis, defined by the parties as contested court cases.

As in the DFMS, the Winnipeg researchers find that various data sources produce different estimates of settlement rates. Mediators estimate that there is full or partial settlement in 65 percent of cases, whereas clients' assessments put the figure at about 46 percent. As the researchers speculate, the discrepancy may be a result of the time lag between conclusion of mediation and the follow-up interview. What seemed a settlement may, in that interval, have fallen apart.

This part of the report has presented a very brief descriptive overview of the divorce mediation process as it exists today in Canada and in the four court-based services studied and observed. However, key questions of the research center on outcome and social impact, the intended and unintended consequences of divorce mediation. Thus, at the core of this research was a comparison of the separating and divorcing couples who used these free, court-based mediation services and those who chose to use only the legal process. In the next part of this report, these two groups are compared in terms of both intended and unintended outcomes.

Part IV:
The Impact of Divorce Mediation

Introduction

This part presents an overview of research results from the two projects relevant to the outcome and social impact questions outlined in Part II. While process evaluation is mainly descriptive, outcome evaluation and, to a large extent, social impact evaluation, are based in some approximation to hypothesis testing. In this instance, outcomes of mediation cases are being compared with non-mediation cases. However, as described earlier, in the Winnipeg research site, a comparison group was unavailable. In this part, then, data from the Winnipeg Study gain their utility from being compared with findings from the other three sites. In the following sections, divorce mediation is assessed in terms of its impact on clients, on parenting, on the court system and process, on the legal profession and family law objectives, generally. The analysis begins by considering the economic implications of divorce mediation.

Impact On Clients

Divorce Mediation and Maintenance Quantum

One of the objectives in the Divorce and Family Mediation Study (DFMS) was to collect data on the extent of economic hardship following marriage breakdown, the role of maintenance in reducing that hardship and compliance with maintenance orders. Despite important changes in the status of women, generally, studies of male and female incomes have revealed a rather stable pattern in which women are found to earn, on average, from about 58 to 65 percent of male earnings.[26] There is considerable evidence that this inequality becomes intensified following separation or divorce.[27] Indeed, Weitzman (1985:276) concludes that under levels of support ordered by the courts, "it is only the women and children whose standards of living decline, even when the father is making his payments." The reason, of course, is that men are generally required to pay about one-third of their net income as child support, whereas women require about three-quarters of that income to continue to live at the standard existing before dissolution of the marriage.

The data from the DFMS are not novel in any of these respects. On the basis of National Council of Welfare estimates for June 1986 (about the time the interviews were conducted), some 9 percent of divorced men and 30 per cent of separated men who do not have custody of their children earn incomes which fall below the estimated poverty level for one-person households. In contrast, 58 percent of divorced and 71 percent of separated women (and their children) live on incomes which put them below the poverty line *after* including maintenance in their gross incomes and taking

into account family size.[28] Predictably, the larger the family size, the greater the likelihood of living below these estimated poverty lines. Whereas about 45 percent of women with only one child were found to have incomes below the poverty line, about 80 percent of those with four or more children were in this situation.

Overall, maintenance reduces the number of women and children living below the poverty line from 75 percent to 58 percent, a difference of 17 percent. It is where there are two or three children (family sizes of three and four) that maintenance payments have the most effect in reducing the number of families below the poverty line.

The DFMS data reveal that average maintenance quantum is greater for mediated than non-mediated cases. According to court records, the average amount of maintenance for mediation cases is $430 per month; for non-mediated cases the average amount is $332, a difference of $98 per month.[29] Clients who mediated their case report average maintenance of $543 per month, compared with $428 per month for those who did not mediate their case, a difference of $114 per month. Assuming that maintenance is paid, divorce mediation has the general impact of increasing the income level of women and children by about $1200 to $1400 per year. To put it another way, maintenance amounts are in general about 22 percent higher when the case is mediated than when it is not.

Admittedly, while the differences are not great, they do undermine the argument that women fare worse when their divorce or separation is mediated. One possible explanation of these findings is that observed differences are a result, not of divorce mediation, but of differences in level of affluence between those who use mediation and those who do not. However, when income is controlled, the differences persist: at three income levels chosen, the amount of maintenance is from 12 to 20 percent higher in mediation cases than in non-mediation cases. Finer breakdowns of income data do not change this general picture.

When the DFMS data for each of the three research sites are examined separately, it emerges that in only two of the sites are maintenance quanta higher for mediated cases than non-mediated cases. In Montreal and Saskatoon there is a difference of 28 percent and 11 percent, respectively, between mediated and non-mediated cases. However, in St. John's, mediated cases show an amount of maintenance which is about 4.5 percent lower in mediation than in non-mediation cases. In other words, the data suggest that, from the point of view of women and their children, there are fairly major benefits in including maintenance as one of the issues which should be mediated. However, as the Saskatoon data indicate, the very fact of having attended mediation and having worked out a settlement concerning custody and access has a positive impact on the amount of maintenance agreed to by the parties.

At the same time, the benefits of divorce mediation in reducing economic hardship following separation and divorce should not be exaggerated. The overall result is that the difference in the proportions of women and children living below the poverty lines is only about 4.4 percent lower in mediation than in non-mediation cases. There seems no doubt that, in general, women fare better through mediation. However, the differences in

maintenance amounts, though no doubt important to the well-being of these families, are not large enough to offset the wider inequalities which result in an impoverished situation for many women and their children following divorce and separation.

Finally, it should be noted that the modest economic benefits for women who choose divorce mediation accrue mainly to those who were able to achieve a full or partial settlement; women who attended mediation and were unsuccessful in reaching a settlement fared no better than had they used only the adversarial process.

Mediation and Compliance with Maintenance Orders

With respect to compliance with maintenance orders, most of those interviewed in both projects had not been put to the test: they had not been divorced or separated long enough for default rates to have reached the level reported in earlier studies. Moreover, since Manitoba has a unique system of maintenance enforcement, it is likely that the effects of this programme would overshadow any other form of intervention, such as divorce mediation. Nevertheless, the Winnipeg data indicate that about one-quarter of respondents reported that they were late in receiving (or paying) maintenance or that the full amount was not paid one or more times. Women interviewed in the DFMS appear to be somewhat worse off. Only 71 percent were able to state that they always received the full amount, and only about half said that they always received their payment on time. About 36 percent defined the pattern of payment as irregular or varied, and more than one-fifth were receiving no payments or less than had been ordered.

Contrary to expectations, excepting Montreal, divorce mediation does not in general have a positive impact on compliance with maintenance orders. In Winnipeg, there is, in fact, a greater likelihood of default when the couple successfully mediated an agreement or reached partial agreement than when they did not. The DFMS data for Saskatoon and St. John's do not show any appreciable difference between mediation and non-mediation clients with respect to compliance with maintenance orders, regularity of payment or general levels of satisfaction with the amount agreed to or ordered. However, in Montreal, compliance is much higher in the mediation group (97 percent) than in the non-mediation group (66 percent). Moreover, women who mediated their case report that they are more likely to receive their payment on time or usually on time than those who did not mediate their settlement (85 percent compared with 73 percent).

One of the expectations of mediation is that it will result in longer lasting settlements which will not require the parties to return to court for variation or enforcement of orders. As mentioned in Part II, it was only in Montreal that there were sufficient cases from the DFMS sample for it to be possible to undertake any kind of statistical analysis. In Winnipeg, there is consensus among judges and lawyers that the system is too recent for there to be an objective assessment of the effect of mediation on re-litigation. However, among the Winnipeg clients interviewed, 14.5 percent had already commenced a court process to alter existing arrangements, and another 41 percent expected to do so in the future. Among those who

anticipated a return to the court, the major anticipated problem was maintenance (35.3 percent) followed by access (30.8 percent) and custody (29.0 percent). There appears to be little difference between those who successfully mediated a settlement, those who did not and those who refused the offer of mediation. There are, again, substantive differences between mediation and non-mediation groups in Montreal. In the latter group, two-fifths of women indicated that they have enforced or intend to enforce their maintenance order, compared with 18 percent in the mediation group.

By the time of monitoring cases (February 1987) too few cases had returned to the courts in Saskatoon and St. John's for there to be an assessment of the relative benefits of mediation in creating stable and long lasting settlements. However, the mediation service in the Montreal court appears to be highly successful in producing settlements that mitigate the need for people to return to the court. At the time of the monitoring of cases in the Montreal court, only 72 couples, just slightly over 18 percent of the total sample, had returned to court to vary or enforce an order or to seek different measures under different legislation. Virtually all of these (97 percent) were non-mediation cases. Whereas about 20 percent of non-mediation cases returned to the court, only 4 percent of mediation cases had done so. It should be noted that one of these was in fact, a post- divorce mediation case in which the couple had been divorced a long time before attending mediation.

Divorce Mediation, Custody and Access

The analysis of Central Registry Data by Statistics Canada researchers (McKie et al, 1983) reveals a rather consistent and now well-known pattern of custody awards for the 1970s. While there are minor provincial variations, their data indicate that women receive custody in 85.6 percent of all cases. Moreover, when women are the petitioners in the divorce, men are virtually excluded from obtaining legal custody; only about 4 percent of men were awarded custody under these circumstances. However, as this study also shows, when men are the petitioners (about one- third of all petitions) there is a much greater likelihood of their being awarded custody (43 percent of cases). On the face of it, then, as the authors of the Statistics Canada report conclude, it seems that men wishing custody of their children would be well-advised to place themselves in the role of petitioner.[30]

The more recent data from the present studies suggest that, while the basic patterns of custody decisions remain similar to these earlier data, there are also a number of differences.[31] First, the DFMS data indicate women received sole custody in 76.6 percent of cases, and in the Winnipeg Study, in 65.3 percent of the cases. Second, men in the DFMS who were petitioners were less likely to receive sole custody, (22 percent compared with 43 percent). Rather, where men do petition for divorce and show an interest in receiving custody, the courts now tend to make or agree to joint custody awards, with the result that in 8.8 percent of all cases in the DFMS, there was a joint legal custody award.[32] Further, the DFMS data show a slightly higher proportion of cases (4.4 percent) where a split custody award was made.[33] None of this is meant to suggest that judges are imposing joint cus-

tody as a way to resolve custody disputes. Rather, it appears that where there is some desire on the part of the father for custody, both lawyers and mediators and, evidently, the couples themselves, are more likely to opt for joint custody than seems to have been true in the past.

The DFMS data from the court records and client interviews both suggest that, whether or not custody is in dispute, those who attend mediation are more than four times as likely to opt for joint legal custody than are those who used a purely legal process (28.4 percent compared with 6.5 percent). Court records indicate that sole custody to the mother is much less likely when the case is mediated (54.7 percent compared with 79.4 percent). Men do not necessarily do better through mediation, but the outcome is more likely to be one in which they have at least a legal involvement with their children.

The figures are somewhat distorted by the greater number of mediation cases in the Montreal research site and the obvious preference of those mediators for agreements which result in joint legal custody and shared parenting. While joint custody was chosen by only about 5 percent of non-mediation cases, 47 percent of mediated cases in Montreal resulted in joint legal custody. In contrast, joint custody was chosen by 7.4 percent and 15 percent of mediation clients in Saskatoon and St. John's respectively, and by 3.4 percent and 2.4 percent, respectively, of those who did not participate in mediation. While global and comparative figures are unavailable for Winnipeg, the researchers report that one-quarter of those who mediated their settlement chose a joint legal custody arrangement.[34]

It goes beyond the scope of this report to consider these joint custody arrangements in detail except to note that about 43 percent of the men and 49 percent of the women interviewed indicated that the award of joint legal custody also meant joint physical custody, and that for 62 percent of the women and 65 percent of the men, joint custody was their first choice. Those who mediated their divorce or separation were somewhat more likely to indicate that joint custody was their first choice than were those who used a purely legal process (69 percent compared with 60 percent of the men and 64 percent compared with 58 percent of the women). Finally, if they had it to do over, 89 percent of the men and 75 percent of the women would choose joint custody again. There is no difference between the mediation and non-mediation cases with respect to this question.

One of the concerns about family law reform and divorce mediation is that, under pressure from father's rights groups, women are being forced into joint custody arrangements against their will. The argument is that they accept these because of the fear that, should their ex-spouse fight for custody, he would have a good chance of winning. Custody outcomes do suggest that mediators encourage couples to enter into joint custody arrangements. However, the data — both quantitative and qualitative — do not, in any way, suggest that women (or men for that matter) felt compelled to accept this kind of order. Most preferred a joint custody arrangement because they believed it was in the best interests of the children. After living with such arrangements for a time, most cited advantages rather than disadvantages of joint legal and physical custody.

Access Arrangements and Orders

While contested custody disputes are relatively rare, lawyers, mediators, judges and, sometimes, clients themselves, are in agreement that access is almost invariably contentious and tends to remain so long after the final settlement. The evidence from this research suggests that perhaps the most important contribution of court-based counselling and mediation services is in aiding couples to work out workable and realistic arrangements that ensure the non-custodial parent continuing contact with his or her children, allow the custodial parent some time free of parental responsibility and respect the right of that parent to organize his or her life and that of the children in a predictable fashion. Thus, many of those interviewed in the DFMS, while having few problems working out custody, maintenance and property, expressed a need for post-divorce/post-separation counselling with respect to access. This was especially so among the small group of people who were attempting a joint custody *and* shared parenting arrangement. Similarly, clients in the Winnipeg Study estimate that mediation was most helpful in contributing to resolution of access (visitation) problems.

It is unclear which aspect of access is the greater problem. Considerable attention has been given to men who claim that they are denied access to their children. However, the data from the present research suggests that from women's point of view, the major problem is that men do not always exercise their access rights or that they do so erratically and unpredictably. In the former case, women are left in the full-time role of single parent and are often, understandably, concerned about the impact father absence has on the children. In the latter case, there is the obvious inconvenience of not being able to plan one's time around the expectation that the children will be with their father. Children face the prospect of disappointment and confusion when agreed upon arrangements are changed without warning.

From the point of view of the court, there is the vexatious problem that while compliance with maintenance orders and right to access are separate matters, they are seldom seen this way by those involved in such disputes. As Bissett-Johnson and Day (1986:55) put it, "withholding access appears to be a mother's weapon and withholding support, a father's." The courts, despite repeated remonstrations to those involved in "show cause" hearings, seem unable to dispel this connection.[35] The following paragraphs outline briefly the nature of access orders and arrangements and then consider, in general, how from the couple's perspective these are working out in practice.

Where sole custody is granted to one parent, Canadian courts almost invariably grant some form of access or visitation rights to the non-custodial parent. This seems to be the case even where there is a history of violence and/or insanity (Bala and Clarke, 1981:64). Where there has been considerable conflict about either access or custody, it is not unusual to find orders — often agreements developed in mediation — which spell things out in very specific terms. According to the DFMS data, highly specific arrangements comprise a minority of all access orders, occurring in about 23 percent of divorce cases. Apparently, in a majority of decisions (64 percent) courts

assume — sometimes incorrectly — that people can work out access arrangements themselves, and they either leave the matter of access open and vague or use terms such as "reasonable" or "liberal" access. At the other extreme, in only 1.1 percent of the cases was access denied, although in about 12 percent of the cases, the intent of the courts was unclear, since no mention was made in the order concerning access rights of the non-custodial parent.

Insofar as mediation is concerned, access arrangements are more likely to be specified when couples mediated their settlement than when they did not. In about 46 percent of mediation cases, access is spelled out in fairly specific terms, compared with less than one-fifth of non-mediation cases. This difference is perhaps not too surprising. Couples who seek the help of a mediator are often those in conflict about their post- divorce relationships and, in particular, matters relating to access and parenting; they are, therefore, more likely to wish things spelled out. As an indication of this, the court records that were analyzed mentioned specific weekends and holidays considerably more frequently when the case was mediated than when it was not (39 percent compared with 17 percent). While the number of cases is small (36 in all), access was defined in what was called "highly specific terms" in 11 percent of mediated cases, but in only 5 percent of non-mediated cases.

Evidently, in the majority of cases, the courts prefer not to impose access guidelines on divorcing or separating couples, but to allow them to work things out on their own in ways that best suit their particular circumstances. In invoking terms such as "liberal" or "reasonable" access, there is an implication that this is the best way to encourage easy and ongoing contact between the children and both parents.

However, as was learned from clients, these terms have a variety of meanings to some and no meaning to others. Two differences between the men's and the women's responses are worth noting. First, about 15 percent of women interpreted these terms as giving their ex-husband license to come and take away or to visit the children whenever it suited him. They, therefore, saw this as a negative aspect of unspecified access terms. Husbands, on the other hand, gave this answer about half as often as women, but tended to perceive this as a positive aspect of the custody provisions. Second, men showed considerably more confusion and uncertainty as to what is meant by liberal or reasonable access than did women, 46.7 percent compared with 30.4 percent, respectively. It seems, then, that while the phrase "reasonable" is a useful and meaningful concept within the law, it has little meaning to people in their everyday lives. The fact that people had attended mediation and perhaps worked out a settlement did not appear to reduce this sense of confusion.

Data from both projects indicate that even without the revisions to the divorce legislation, judges were already committed to the belief that it is in the best interests of the children to encourage as much contact with both parents as is feasible and appropriate. However, for the most part, they have left determination of what is most suitable for the children in the hands of the divorcing parents. However well-meaning the intention, it is nevertheless the case that for a sizeable minority of people, what all of this should

mean in practice is not clear. Qualitative data from the client interviews and discussions with court-based mediators suggest that open and vague arrangements can sometimes precipitate conflict and create anxiety in parents as to what arrangement is appropriate and will minimize the impact of the divorce on the children.

The varied meanings and lack of meanings that people attach to notions of liberal and reasonable access suggest that some people could benefit from a clearer set of norms concerning what is expected of them and what is, in the experience of experts, a reasonable or unreasonable level of access, given the particular circumstances and resources. While such instruction and guidance is probably not an appropriate role for judges, they could encourage divorcing couples to meet with a counsellor or mediator following the court hearing. It is unlikely that any kind of access order or post-divorce counselling process can force disinterested or alienated men to live up to their parental responsibilities or to force women, hostile or afraid of their ex-spouse, to allow him access to the children. However, it does seem possible to provide some guidance and mediation for couples mired in the logistics of attempting to maximize the children's contact with both of their parents.

Divorce Mediation and Post-Divorce Relationships

Despite anecdotal evidence of the amount of conflict and hostility which sometimes accompanies marriage breakdown, neither study provides evidence, generally, of the kind of conflict reported in American studies (Kressel, 1985). Overall, the various data sources suggest that in no more than one-fifth of all cases is there evidence of conflict and hostility between ex-spouses. Admittedly, there is indifference in another 20 percent of cases: the ex-spouses are not communicating with one another or one, usually the husband, has abandoned the home. The low level of conflict is borne out by how people described their present relationship with their ex-spouse. About 43 percent of the men and 52 percent of the women described their present relationship as friendly, cordial or at least business-like, with respect to the children. In contrast, about 21 percent of the men and 16 percent of the women said that the present relationship was tense or hostile. Nor does mediation seem to have an impact in the anticipated direction. In all, about 47 percent of the men and women who did not use mediation described their relationship as friendly, cordial or business-like, compared with about 37 percent of those who attended mediation. It must be kept in mind, however, that those who chose to mediate their case were sometimes those who started out with the most conflict and were attempting to work out a shared parenting arrangement.

Those interviewed in the DFMS were presented with a list of possible problems that separated or divorced couples might encounter with respect to access and post-divorce parenting. In the Winnipeg Study, clients were asked to respond to a similar list in the initial questionnaire and again during the follow-up interview. The DFMS data show that only a minority of those interviewed felt that they were experiencing the kinds of problems in parenting suggested by the questions (13.4 percent of the men and 19.7 percent of the women). The problem cited most often by women was that the

father was not dependable about visiting the children. For men, the major complaint was that the ex-wife said negative things about them to the children. There are some, but not substantial differences between mediation and non-mediation clients. On nine of the 13 items, women in the mediation group were somewhat more likely to identify the statement as applying to their situation. The net result is that the women who attended mediation were slightly more likely to perceive problems than were those who resolved their case through the legal process: a difference of about 3 percent. Differences between those who mediated their case and those who did not form a similar pattern for men. In nine of the 13 items, a higher proportion of men in the mediation than in the non-mediation group found these items to be a problem in their post-divorce relationship. The result is an average difference of about 4 percent over the thirteen items.

On most items, differences between the mediation and non-mediation groups are not large, and the conservative conclusion from the DFMS data is that those who mediated their settlements are about as if not more likely to be experiencing post-divorce problems than those who used only a legal process. What is noteworthy is that with one or two exceptions, most women and men are not experiencing the kinds of difficulties in access and parenting that these various items were intended to capture.

A somewhat higher proportion of clients in the Winnipeg Study than in the DFMS study indicate that, in several areas, they are having problems with post-divorce parenting. The comparisons between the two data sets suggest that these problems do not diminish over time. Nor does the intervention of mediation have a measurable effect: the data do not show a relationship between those who mediated their case successfully, those who were unable to do so and those who rejected mediation and the likelihood that people were experiencing any of these problems.

Despite differences in data collection procedures, the two studies are in agreement that in general, mediation has little measurable impact on post-divorce relations and parenting. However, when the DFMS data are broken down by research site, it is evident that in Montreal there is a consistent pattern according to which men who attended mediation were more likely to be involved in the parenting of their children than were those in the non-mediation group. For example, men were more likely to share responsibility for the children (44 percent compared with 31 percent) and there was a much greater likelihood of discussions about the children between the ex-spouses (74 percent versus 32 percent). While in other research sites there was little difference between the two groups with respect to level of post-divorce conflict and hostility, some 63 percent of the women in the mediation group, compared with 32 percent in the non-mediation group, characterized their relationship with their ex-spouse as "close" (with respect to the children). However, differences between men who did and did not mediate their settlement were not so great: 60 percent of the former compared with 53 percent of the latter said that the relationship was close. As well, one-third of the men and women in the mediation group, compared with one-fifth in the non-mediation group, said that there were no conflicts at the present time. As many mediation clients in the Montreal sample noted that

one of the motivations for attending mediation was to avoid conflict and hostility. In other words, clients' assessments were that without this intervention, post-divorce relationships would have been worse than they actually were.

Legal Costs and Mediation

One of the alleged benefits of mediation is that it reduces legal costs for divorcing and separating couples. However, overall, the DFMS data do not bear out this contention. Women who mediated their case estimated their legal fees at an average of $1599, compared with $1214 for those who did not attend mediation, an average difference of $385. Men in the mediation group estimated legal fees at about $508 higher than did those in the non-mediation group ($2019 and $1511 respectively).

One argument is that had the clients not gone to mediation, their legal fees would have been even higher. That is, people who attend mediation are generally those with matters in dispute, and should these go to litigation, the cost would be substantially higher. However, various breakdowns of the data do not support such a conclusion. For example, in general, where clients said that no matters were ever in dispute, the average legal fees were estimated at $658, compared with an average of $1758 when one or matters were, at least initially, in dispute. Those with nothing to dispute and who, nevertheless, attended mediation estimated their legal fees at $937, compared with $627 for those who did not attend mediation. Where matters were initially in dispute, the mediation group estimated legal fees at $2071, compared with $1582 for non-mediation clients, a difference of $489. When legal fees are broken down by clients' assessments of whether the case was contested or uncontested, they are still higher for those in the mediation group.[36]

Once again, when the Montreal data are examined on their own, they show a reversal of what was found elsewhere: mediating a settlement results, on average, in modest savings in legal fees for women ($133) and fairly impressive savings for men ($517). It seems evident that when separating or divorcing couples can successfully mediate all the issues, there is usually a savings in legal costs.

Impact of Divorce Mediation on Court Process

Contested cases, though a small minority of all divorce cases, take up an inordinate amount of the energy of lawyers and judges and court time and, of course, are the ones singled out by critics of family law and its administration for special attention. One of the anticipated outcomes of mediation is that it will result in fewer contested cases and a faster and thereby cheaper way to resolve family law cases.

The Winnipeg Study is mainly based on cases where custody and access were in dispute. The DFMS draws upon a broader range of divorce and separation cases and suggests that, whatever their initial status, the majority of separation and divorce cases have, by the time of the court date, been

turned into rather routine affairs; if there is conflict and dispute, most of this occurs prior to the court hearing. Since contested cases were over-represented in the DFMS sample, the data should exaggerate the amount of contention. However, the researchers, after going through the court files and noting motions, answers, counter-petitions, interim and interim-interim orders and so forth, were still able to assess only about 10 percent of cases as either "very contentious" or "contentious", and another 15 percent as "slightly contentious". In other words, by the time these cases reached court, three-quarters of them had become, one way or another uncontested, routine cases requiring, in most instances, the rubber stamp of the presiding judge to make them legal.

Clients' recall of the length of the court hearing bear out the researchers' assessments. Most (61 percent) were in court for under one hour, and some 22 percent never appeared in court at all. Thus, in only about 8 percent of the cases was there litigation which occurred over a day or more.

Those who mediated their case tend, on the whole, to have spent less time in the court hearing than those who did not attend mediation: 77 percent of mediation clients, compared with 56 percent of non-mediation clients, reported that their hearing was concluded in less than an hour. At the same time, of the clients who did go to court, 36 percent of those who mediated their case, compared with 31 percent of those who did not, were in court more than once.

The Winnipeg Study presents somewhat more equivocal conclusions with respect to impact on court process. The judges and lawyers interviewed during the study were divided as to whether mediation has much impact on speeding up the court process. In reaching their assessment, some were of the view that, even if the process is slower, the end result may be better. In other words, expedition of cases may not be in the best interests of those involved in a divorce proceeding. Rather, mediation in the view of some may permit a period of "cooling off" and of "maturation of the issues" that heightens the possibility of a "just result".

Time Between Filing and Final Settlement

Announcements describing the *Divorce Act, 1985* pointed out that the new provisions with respect to grounds for divorce give the divorcing couple the option of waiting one year or, if there is adequate evidence, of obtaining a divorce *immediately* using one of the other indicators of marriage breakdown. Given the backlog of cases in some Canadian family courts, the term "immediate" may have to be redefined. Data from the four courts included in the DFMS indicate that the time from filing of an uncontested divorce petition and the *decree nisi* ranges from 15 to 26 weeks, and for a contested divorce case from 18 to 120 weeks (Montreal).[37]

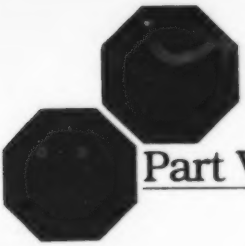
In the DFMS, It appears that those who choose to mediate their case face somewhat fewer delays in obtaining a court order than do those who use a purely legal route. With the exception of separation cases under provincial legislation, mediation cases, on average, were disposed of more quickly than non-mediation cases. While the same pattern can be seen in all three media-

tion research sites, the difference is particularly noticeable in the Montreal court. For all types of cases, mediation is the fastest route to a court order: there is, for example, a difference of seven weeks for uncontested divorce cases; a difference of 23 weeks for contested cases and a difference of four and *60* weeks for uncontested and contested separation cases respectively.

It is difficult to conclude, on the basis of these data, that sending more cases to mediation would appreciably affect the workload of the courts included in this research. Of course, the present reality is that only about 3 percent of the cases flowing through these courts go to mediation on route to a final court settlement. Thus, even if greater differences between the two types of cases had emerged from the data, it is apparent that, at the present level of staffing and demand on the part of clients, mediation services could not be expected to make much of a dent in the cost of processing family law cases or to do much to reduce the chronic problem of a backlog of cases plaguing most family courts in this country.[38]

Relieving Fear and Anxiety about the Court Process

An important component of the DFMS client interviews was the questions about how people felt about going through the divorce process and, in particular, the court hearing. As would be expected, thinking about going to court and the court experience itself evoked in people a number of responses. On the whole, the experience was perceived in more anxiety-laden terms for women than was the case for men who were, generally, about twice as likely to state that they felt confident (36 percent compared with 17 percent) about the court hearing. About 27 percent of clients experienced unexpected delays, and another 17 percent said that there had been expected delays, in their case. The most common effect of these delays was that they prolonged the pain, anxiety and insecurity associated with the marriage breakdown and subsequent divorce. In retrospect, four-fifths of the clients said they would have preferred closed hearings, and an equal proportion now favour divorce by affidavit rather than a formal hearing. Whether people had been to mediation seemed to have no appreciable effect, one way or another, on their state of preparedness, their sense of confidence or their state of anxiety and nervousness about the court hearing. These same questions were not put to clients in the Winnipeg Study, but the researchers do note that a tangential effect of mediation was that clients indicated it contributed to an understanding of the family legal system.



Part V: Conclusions

Overview

The two projects considered in this summary report have evaluated court-based mediation in four natural (as opposed to experimental) settings. In the DFMS, which considers three research sites, it was possible to compare cases in which there was an intervention — divorce mediation — with those that proceeded through the normal legal process. Admittedly, the latter is a variegated route, since some clients used the adversarial process in its fullest and traditional sense, while others reached an amicable and non-adversarial settlement, either through their own efforts or through the negotiating skills of their respective lawyers.

In the Winnipeg Study, present policies precluded the possibility of a similar kind of comparison group. Thus, while that project provides a considerable body of descriptive data on one model of court-based divorce mediation and separation counselling and its *general* effectiveness, it is not possible to reach definitive conclusions about its *relative* effectiveness. Comparisons which were made between successfully and unsuccessfully mediated cases do not, overall, suggest that there is much difference between these two groups.

The DFMS data do indicate measurable and systematic differences on some kinds of outcomes that favour divorce mediation over the ordinary legal process and are in general consistent with previous research findings.[39] However, on many measures, particularly those concerned with post-divorce relations, it is difficult to detect differences between the mediating and non-mediating groups. Moreover, as in the Denver Custody Mediation Project (Pearson and Thoennes, 1984), more refined analyses of the DFMS data suggest that most of the observed benefits accrue to those cases where there was full or partial agreement. Thus, results for couples who tried but were unsuccessful at mediating a settlement are not very different from those for couples who were not exposed to mediation at all.

At the same time, clients in a position to make a comparison often said that mediation was, in their experience, more humane and, in general, superior to the adversarial system. As the Winnipeg Study finds, this is a widely shared view: all the actors in the system — lawyers, judges, counsellors as well as clients — harbour a strong belief in the efficacy of divorce mediation, a conclusion which generally applies also to the DFMS. Thus, even if there are not substantive differences in measurable outcomes between this intervention and the regular legal process, divorce mediation may still be justified if everyone believes it to be the more rational and humane way to go when marital and familial disputes appear to becoming intractable. In other words, the process itself is as important if not more so than the actual outcomes it produces. As Sloan and Greenaway (1987) conclude, a major source of satisfaction with mediation is the clients' feelings

that they have been "returned to a pivotal role in the dispute settlement process: they become once again agents in their own cause."

While it is often argued that many who use this approach and achieve an agreement would have done so without the intervention, the comments of many of the DFMS clients suggest that there was fear that had matters been left on their own, they would have escalated into conflict. Despite initial good intentions to work things out so as to do the least harm to the children, emotions were running high enough that these intentions were at risk, and mediation offered a kind of safety valve. Nor should we discount the service provided those who attended divorce mediation mainly for the professional reassurance that what they had worked out was, indeed, in the best interests of the children and would be found legally and sociologically acceptable.

Social Impact

While the results of this research do not make a clear case for the superiority of divorce mediation over the traditional adversarial process, they also give no empirical support to the contentions of critics of divorce mediation, most of which were considered in this research under the general rubric of social impact issues. In the DFMS, the evidence is that women and children fare better, economically and at all income levels, when there is a mediated settlement, a finding which is especially true for Montreal, the one mediation service studied which offers mediation of financial and property matters as well as custody and access.

A second concern, that people's rights may not be adequately protected when they choose to mediate their separation or divorce is also without foundation. The court-based mediators studied in this research invariably stress the importance of the clients' consulting a lawyer, even if they do not intend to seek a divorce or a court order under provincial legislation. In Winnipeg, clients claimed as one benefit of mediation that they had acquired a better understanding of the law and their legal options. It is evident that most clients took the advice of the mediator and did consult a lawyer before, during or after mediation and were as likely to be represented at the time of their court hearing as those who did not attend mediation. While there is alleged to be concern in the legal profession about the quality of mediated settlements, few lawyers interviewed and surveyed in these studies expressed such concerns; few reported problems in agreements they were asked to review and draw up as a separation agreement or minutes of settlement in a divorce petition. Nor did these lawyers believe or seem concerned that mediation would diminish their role in family law cases or affect their livelihood.

While mediators evidently encourage couples to work out a joint custody arrangement, there is no evidence to suggest that women were forced into this because of fears that they would lose in a contested custody dispute. For most women with a joint custody order, this had been their first choice. At the time of the interview, they were less satisfied with joint custody than were men but this would seem to be because their former husbands, although they were sharing in the parenting, were doing so less than

equally. Nor was joint custody a trade-off for a lower maintenance payment: women involved in joint legal custody arrangements but with *de facto* sole physical custody were receiving considerably higher levels of maintenance than the general sample of separated and divorced women in the sample.

Scope of Divorce Mediation

Inevitably, when data are collected from four different research sites, there is the question of which model works best. In terms of *general* effectiveness, all appear to be working well. However, the Montreal data do suggest that mediation is *relatively* more effective when 1) it does not have to compete with the need to provide information, intake services, short-term crisis counselling, longer-term counselling and perhaps, above all, custody and access assessments; 2) mediators are free to mediate the four basic issues associated with separation and divorce; and 3) there is a deliberately structured approach to divorce mediation. At the same time, it must be recognized that these services are located in different cultural contexts. The relative success of the Montreal model may be associated with a different orientation towards dispute resolution than is found in English Canada. Thus, the finding that a number of couples in the Montreal study employed a joint lawyer, an unheard of practice in other provinces, was not a surprise to those in Montreal familiar with family law practice.

Of these several features, undoubtedly the most distinctive and controversial is the policy in the Montreal court of offering "global" — comprehensive — mediation. The evidence is that it works and that Montreal clients like it and expect it. In contrast, in the other research sites (in the DFMS) clients were often dissatisfied that what for them was the central issue could not be dealt with and settled through mediation. As Pearson and Thoennes (1984b:38) found in their research, "the presence of unresolved financial problems may have contributed to the respondents' feelings that little progress had been made even in the successfully mediated cases."

More generally, the experience of the research suggests that the issue of mediating financial matters, in particular maintenance, has been overblown. First, a majority of the family law practitioners who were interviewed and surveyed either are not opposed to mediators dealing with child and spousal support or believe maintenance is inextricably bound up with decisions about custody, access and attempts at shared parenting. Nor, as the Montreal experience shows, is it all that technically difficult for mediators to help couples work out budgets and a realistic level of maintenance quantum. Indeed, it would often appear that mediators are better placed to do this kind of financial counselling than are lawyers who usually are in direct contact with only one of the parties. There is little mystique attached to a child and spousal support and, in any event, the outcome is partially constrained by what the courts regard as a reasonable level of maintenance quantum.

Mediation of the division of matrimonial property is a more complicated matter, one where there is a much greater resistance on the part of the legal profession. However, here too, the complexities and dangers often seem exaggerated. For many undergoing marital breakdown, property division is

not a very big issue for the simple fact that there is little property to divide. When matters are more complicated, the more candid lawyers who were interviewed noted that they too are sometimes at a loss, or believe that what is actually required is not a lawyer but a tax accountant.

It is, in other words, not self-evident that if lawyers were more actively engaged in mediation, they would necessarily be better equipped to deal with the complexities of some property divisions. Moreover, as in other professions, part of the training is to recognize which problems of the client are and are not within the practitioner's area and level of expertise and competence; the division in medicine between general practitioners and specialists is the most familiar example of how this has become institutionalized into professionalism.

In short, the combined data all indicate that the degree of settlement of issues of child and spousal support is integral to satisfactory resolution of issues of custody and access and ought to be included. In the absence of a lawyer-consultant, as in the Montreal Court, it does not seem practically and politically feasible for mediators to seek an actual memorandum of agreement about property division. However, it does seem evident that the wishes of the parties and the areas of dispute, particularly disposition of the matrimonial home, should be discussed, since they set parameters as to what may or may not be realistic with respect to custody and parenting arrangements.

Approaches to Divorce Mediation

Another general area of debate centers on the apparent shift from conciliation counselling to divorce mediation and the implication that this also means a shift from a therapeutic model to a more present and task-oriented approach. Is one approach more effective than the other? In the United States, as Joan Kelly (1983) has observed, the latter has most appeal to the growing number of lawyers entering the field. However, to our knowledge, no research has yet been done which would allow a comparison between the two approaches and types of practitioners. As the present research indicates, the change in Canada is more one of terminology than of approach, since to date the field remains more exclusively the preserve of those trained in the mental health disciplines and who usually offer both mediation and counselling. In particular, for the court-based services studied in these projects, the distinction between counselling and mediation is largely analytical rather than empirical, with the line between the two processes often being fuzzy or poorly defined. This seems true even of the more structured approach of the Montreal mediation service: observations show that mediators, all trained in social science and social work, move back and forth between therapeutic and task-oriented approaches as the situation demands.

The result is that the Canadian data do not allow us to reach any conclusions about the relative effectiveness of the two approaches. However, client perceptions suggest that it would be wrong to move too far away from the conciliation counselling model and approach, whatever the more popular

nomenclature. As described earlier, an overwhelming majority of clients were satisfied with the process and, even when a settlement was not reached, tended to blame themselves, or more usually their ex-spouse, rather than the mediator or the process. Where there is dissatisfaction, the most common complaint was that the process was too quick, and that there was not enough time to talk about feelings, a viewpoint expressed more often by women than men.[40]

In general, the experience of this research points to the importance of maintaining an approach that deals with both the practical and emotional issues of marriage breakdown. Alternative dispute resolution techniques, especially those developed in labour relations, appear to have limited applicability to the uncoupling process. They are premised on the assumptions that there is a degree of equality between the parties, representation by advocates experienced in negotiation, and ongoing and prior experience with the process. Moreover, while emotions do often run high in these situations, the orientation is toward rational-legal decision making.

As described in Part II, the uncoupling process is often just the opposite. Couples bring to the session their socialization into gender-based inequalities. One, usually both, have little or no experience with bargaining and negotiation, and they are not represented. Finally, both are caught up in a combination of emotions and trauma — guilt, anger, hurt, hostility, ambivalence and vindictiveness — none of which contribute to rational decision making.

There is a certain attraction to an approach that deliberately sets aside the emotional confusion and gets on with the immediate issues and tasks. However, on balance we believe it to be one which is both unrealistic and inappropriate for most separating and divorcing couples, in at least the court-based milieu considered in these studies.

Mandatory versus Voluntary Divorce Mediation

At the time the *Divorce Act, 1985*, was before the Standing Committee, the then newly formed association of mediators, Family Mediation Canada recommended in response to the proposed changes that, among other things where there are issues in dispute, "couples be required to attend a joint mediation orientation session with a qualified mediator provided by the court" (Devlin and Ryan, 1986: 103). The purpose of this session was to acquaint people with divorce mediation and to encourage them to settle their dispute in a less litigious manner. This recommendation did not become a provision within the new legislation, and the mediation community seems divided as to whether, in such situations, at least an initial attempt at mediation should be made mandatory.

The data from the present research presents at best an equivocal answer to this question. In the DFMS research sites, mediation is essentially voluntary, with only a small number of referrals coming directly or indirectly from the court. In Winnipeg, about 30 percent of cases coming to the service are, to all intents and purposes, mandatory mediation cases. About 75 percent of these go beyond the first meeting. Contrary to arguments that mandatory mediation will not work because it is impossible to

make people cooperative, the data suggest that outcomes, particularly settlement rates, do not appear very different for these cases than for voluntary cases in Winnipeg and the other three research sites. There is little evidence that clients felt coerced into continuing mediation or were resentful about having been put through this process, and they were about as likely to recommend this approach to others as those who attended on a voluntary basis. It is evident that without this practice of mandatory referral, some of the couples who did settle in mediation would not have become aware of this alternative and would have faced a lengthy court battle. Thus, there does not seem to be any observable associated negative effects, making attendance at one orientation session a mandatory part of the process in contested cases.

Discussion

With a few exceptions, the conclusion that can be drawn from this research is that mediation produces outcomes which are consistently, but not dramatically, better than those achieved through negotiation between lawyers and, for that matter, by fighting things out in court, and it does so without the negative and unanticipated consequences ascribed to it by its critics. Both proponents and opponents may have overstated their cases; the claims of both are more polemical than empirical.

Another and, admittedly, more speculative alternative is that both are correct but that they describe an era in family law that no longer exists or which perhaps never did exist in quite such extremes in the Canadian, as opposed to the American, social, cultural and legal context. On the one hand, divorce mediation, virtually unheard of a decade ago, has gone through its growing pains and is well on the way to becoming fully professionalized. In undergoing that process, those in the field have been highly sensitive to criticism and have undoubtedly addressed many of the concerns which may have been valid a few years ago. On the other hand, family law, procedurally and philosophically, has also changed dramatically, at both the federal and provincial levels. There is every reason to believe that the legal profession — judges as well as lawyers — has participated in and internalized these changes.

Divorce mediators encountered in this research seem attuned to the reality that the outcomes of their efforts have a legal as well as a socio-emotional dimension, that, as Mnookin and Kornhauser (1979) put it, negotiations between the parties take place "in the shadow of the law." What is agreed to in mediation must meet the requirements of a legal contract, but it is also bound by what judges in each jurisdiction view as a reasonable, workable and just settlement. Mediators, then, are not likely to give positive sanction to agreements which may be rejected by lawyers or which judges find problematic. At the same time, family court judges, or at least the ones encountered in these projects, have less and less patience with adversarial approaches, especially when the issues involve the welfare of children. They prefer that the couple try mediation or further negotiation or that they order a custody assessment. Lawyers, in turn again, at least the ones included in this study, are extremely aware that an overly litigious

stance in court will not be appreciated by the judge. However, beyond the fear of invoking the wrath of judges, with whom they must deal daily, is the belief of most lawyers practising family law that it is in everyone's best interest to avoid litigation whenever possible, especially in matters of custody and access. They too believe that if the bottom line in all of this is the welfare of the children, traditional adversarial approaches are often inappropriate, a view also shared by many of those experiencing marriage breakdown.

Failure to show dramatic differences in outcomes between mediated and non-mediated cases is not, then, a condemnation of divorce mediation. Rather, it suggests that family law may have become a more humane system, one in which the goals and philosophy of mediators, judges and lawyers are more of a piece, less at odds, than may have been true in the past. The field of divorce mediation has developed in and contributed to a divorce and separation regime quite different to the one depicted and castigated by the Law Reform Commission a decade ago. In the mid-1980s, divorce mediation is no longer a radically new innovation pitted against a traditional adversarial system. It would, then, be surprising if outcomes of mediated settlements were all that different from those achieved through the present adversarial system.

As this study has found, divorce mediation does offer a useful service to many separating and divorcing couples, and those who have used this approach are highly satisfied with the process and the results. Moreover, court-based services do perform a number of other valuable services ranging from provision of information to post-divorce and separation counselling and mediation. This alternative is looked upon favorably by the courts and the legal profession and does seem to have become an integral component of family law administration, one which should continue to be supported and encouraged.

Notes

1. Other initiatives have included seed funding of Family Mediation Canada and the development of an inventory and profile of divorce mediation and reconciliation services in Canada.

2. In the year preceding the *Divorce Act, 1968*, the divorce rate was 54.8/100,000 people. In the year following, the rate rose to 124.2/100,000 and continued to rise to a peak of 285.9/100,000 in 1982. By 1985 the rate had fallen to 244.4/100,000. Since 1986, the year in which the new divorce legislation came into force, there has been a sharp increase in the divorce rate. It is assumed that this is a short-term increase brought about by the much shorter waiting period wich is a major feature of the new legislation. However, it was also anticipated that rates would fall after the 1968 legislation had dealt with the backlog of cases. It is, in other words, too early to determine what will be the impact of new legislation.

3. See, for example, Ann Goetting (1981). A recent review of the literature can be found in Richardson (1987c).

4. See, for example, Payne (1987). For a more general discussion and a more conservative set of conclusions, see Berger and Berger (1984).

5. See, for example, Wallerstein and Kelly (1980); Mitchell (1985); Hetherington and others (1982); Walczak and Burns (1984); Luepnitz (1982).

6. Quoted in Payne (1973:62).

7. In particular, see Bottomley (1985). A recent Canadian collection of articles concerned directly and indirectly with these issues is Martin and Mahoney (1987).

8. For a recent statement of some of these concerns, see Boyd (1987).

9. Consideration was also given to using a different site in Manitoba (for example, Brandon) for comparison purposes. However, there is no other jurisdiction comparable to Winnipeg in terms of rules, procedures and the formal and informal practices which are, in part, shaped by community size.

10. A follow-up questionnaire was to have provided the first measure of change. Since this was completed by only 67 clients, it was abandoned for most purposes, and the questions were integrated into the interview schedule.

11. In St. John's, a complete turnover in staff in the social arm and other complications made a detailed Observational Study impossible.

12. Separate analyses of this sub-sample indicate a high degree of agreement between responses of men and women with respect to factual matters, and the pattern of differences in responses to attitudinal and subjective questions between these men and women does not differ remarkably from comparisons of the full sample of men and women.

13. The history of mediation as a method of dispute resolution is described in Irving (1980) and Folberg (1983).

14. For a recent history and overview of mediation in Canada, see Devlin and Ryan (1986).

15. This conclusion is based on a variety of discussions of mediation conferences. For a usefull and persuasive discussion of the differences between divorce counselling and divorce mediation, see Kelly (1983).

16. From the Forward to *Code of Ethics, Ontario Association for Family Mediation, Code of Professional Conduct*.

17. Similarities and differences between mediation in labour and divorce disputes are explored in Markowitz and Engram (1983).

18. The larger proportion of referrals from lawyers, reported by private practice mediators is also reflected in what lawyers said in the mail survey. Thus, 54.5 percent prefer to refer clients to private mediators and only 15.3 percent prefer court-based services; the rest, 30.1 percent, indicated no preference.

19. Having said that, it is worth noting that some clients interviewed in the DFMS did feel that their lawyers had exacerbated and worsened an already deteriorating situation either through a too litigious stance or through unexplained and, in the clients' view, unwarranted delays in bringing things to a conclusion.

20. Those interviewed and who responded to the questionnaire do a sizeable amount of family law. Many of these lawyers said that the most litigious lawyers they encounter are those who do mainly civil litigation and take on a family law case as a favour to an existing clients.

21. It is of interest to note that lawyers whose practice consists of more than 50 percent family law encouraged about 16 percent of their clients to attempt mediation, compared with 7 percent of those who do less than 50 percent family law.

22. Both the interviews and the mail survey were conducted after the *Divorce Act, 1985* came into force.

23. Again, readers interested in details of the four courts are referred to the two larger reports (Sloan and Greenaway, 1987; Richardson, 1987).

24. As the Winnipeg report makes clear, there is considerable ambivalence on the part of judges, lawyers and mediators on whether to refer cases involving physical and sexual abuse of wives or children to mediation.

25. In St. John's, change in staff during the research period makes it difficult to say much, at the observational level, about how mediation was conducted and conceptualized by those offering this service.

26. See, for example, Armstrong and Armstrong (1983).

27. In what is, perhaps, the most intensive and ambitious study to date, Lenore Weitzman (1985) finds that, in the United States, when income is compared to *needs*, divorced men experience on average a 42 percent *increase* in their standard of living in the first year after divorce, while divorced women (and their children) experience a 73 percent *decline*. There are also several analyses of the impact on men's and women's income, after divorce, if the amount of support ordered by the court was, in fact, paid. One of these, by Chambers (1979), found that after paying maintenance, about 80 percent of men would still be living above the poverty line, findings replicated in an Alberta study of matrimonial support (Institute of Law Research and Law Reform, 1981). In contrast, if women with physical custody of children depended solely on maintenance for their family income, 97 percent would be living below the poverty line or, as it is called in the United States, the "lower standard budget".

28. While the numbers are small (N = 46), 42 percent of men with physical custody of their children were also found to have incomes which put them below the poverty line.

29. It was initially intended to separate out child support and spousal support. However, in a large number of awards (in the DFMS), court records specify only the total amount of maintenance and sometimes leave unclear what was the division.

30. The Central Registry Data on which this study was based did not allow one to determine whether those acting in the role of petitioner were requesting custody.

31. A detailed analysis of patterns of custody and access in the DFMS data can be found in Richardson (1987b).

32. The Central Divorce Registry Form did not include a category for joint custody, so that direct comparisons are impossible. It was estimated by the Statistics Canada researchers that this was the type of award in 2 or 3 percent of divorce cases.

33. It appears that the concept of split custody has, in practice, if not in strict legal usage, two meanings. As both Bala and Clarke (1981:61) and Bissett-Johnson and Day (1986:48) use the term, it refers to the very rare situation where legal custody is vested in one parent, and care and control is given to the other parent. At the same time, the Statistics Canada report on divorce (McKie *et al.*, 1983:205) uses the term to refer to situations where the children themselves are separated in such a way that each parent has sole custody of one or more but not all of the children. In our sample, there were no split orders of the first kind. Hence, in referring to split custody, we have in mind the second kind of award.

34. As noted earlier, for purposes of collecting baseline data for a future evaluation of the *Divorce Act, 1985*, data were also collected in Ottawa. While the Ottawa court does not have a court-based mediation service, it is of interest that slightly over 15 percent of awards in that court are joint custody awards. Despite the lack of mediation, this is a higher percentage than was found overall in Montreal, and much higher than in the other DFMS sites. There is reason to believe, then, that while divorce mediation promotes joint custody and shared parenting, the likelihood of this option occurring varies by jurisdiction and the type of clients served by the courts.

35. For a particularly interesting analysis and insight into the attempts of one court to convey the legal and moral issues surrounding compliance with maintenance orders and access, see Wachtel and Burtch (1981).

36. In the Winnipeg Study, data are not available on client estimates of legal fees. While there is a general assumption that mediation should be cheaper, the researchers were unable to confirm that this is indeed the case.

37. Near the end of the data collection period, a number of procedural changes were implemented in an effort to reduce the growing backlog of cases in the Montreal court. While these seemed to be working for a time, recent discussions with court personnel and lawyers suggest that the impact of these changes was short-lived.

38. Nor is it clear that, under existing policy and practice, a larger number of divorcing couples could be persuaded to try divorce mediation. As Pearson and Thoennes (1982) note, even when the service is free, upwards of 50 percent of those offered the service refuse.

39. See, for example, Emery and Wyer (1987); Irving and others (1981); Pearson and Thoennes (1984a); Kelly and others (in press).

40. This is a point also made by Pearson and Thoennes (1984a).

List Of References

Ahrons, C.R.
1979 "The Bi-Nuclear Family: Two Households, One Family". *Alternative Life Styles* 2(4).

Ambert, Ann Marie
1980 *Divorce in Canada*. Toronto: Longman Canada.

Anderson, Karen L.
1987 *Family Matters*. Toronto: Methuen Publications.

Armstrong, Pat and Hugh
1983 *The Double Ghetto* Toronto: McClelland and Stewart.

Bala, Nicholas and Kenneth Clarke
1981 *The Child and the Law*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson.

Berger, Peter and Brigitte Berger
1984 *The War Over the Family*. New York: Basic Books.

Bissett-Johnson, Alastair and David Day
1986 *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act, 1985*. Toronto: Carswell.

Bottomley, Ann
1985 "What is Happening to Family Law? A Feminist Critique of Conciliation" *in* Brophy and Smart (1985).

Brophy, Julia and Carol Smart
1985 *Women in Law*. London: Routledge and Kegan Paul.

Boyd, Susan B.
1987 "Child Custody and Working Mothers", *in* Martin and Mahoney (1987), pp. 168-183.

Canadian Institute of Law Research and Law Reform
1981 *Matrimonial Support Failures: Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved*. Edmonton, Alberta.

Chambers, David
1979 *Making Fathers Pay*. Chicago: University of Chicago Press.

Cherlin, A.
1978 "Remarriage as an Incomplete Institution". *American Journal of Sociology*. 84(3):634-650.
1981 *Marriage, Divorce, Remarriage*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Coogler, O.J.
1978 *Structured Mediation in Divorce Settlement*. Lexington, Mass: Lexington Books.

Department of Justice Canada
1983 *Attempting to Restructure Family Law Administration* Ottawa: Department of Justice.

Devlin, Audrey and Judith P. Ryan
1986 "Family Mediation in Canada: Past, Present, and Future Developments". *Mediation Quarterly* No. 11, March: 93-108.

Eichler, Margrit
1983 *Families in Canada Today*, Toronto: Gage.

Elkin, Meyer
1973 "Conciliation Courts: The Reintegration of Disintegrating Families", *The Family Coordinator* 22(1): 60-69.

Emery, R. and M. Wyer,
1987 "Divorce Mediation" *American Psychologist* 42: 472-480.

Folberg, Jay
1983 "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice" *Mediation Quarterly* No. 1: September: 3-14.

Folberg, Jay and Marva Graham
1981 "Joint Custody of Children Following Divorce" *in* Irving (1981): 71-124.

Goetting, Ann
1981 "Divorce Outcome Research: Issues and Perspectives", *Journal of Family Issues*, Vol. 2(3).

Gross, Penny
1985 *Kinship Structures in Remarriage Families*, University of Toronto: Unpublished PhD Thesis.

Haynes, J.M.
1981 *Divorce Mediation: A Practical Guide for Therapists and Counsellors*, New York: Springer.

Hetherington, E.M., Martha Cox and Roger Cox
1982 "Effects of Divorce on Parents and Children" *in* Lamb (1982).

Irving, Howard
1980 *Divorce Mediation: The Rational Alternative*, Toronto: Personal Library Publishers.
1981 *Family Law: An Interdisciplinary Perspective*, Toronto: Carswell.

Irving, Howard, Peter Bohm and Grant Macdonald
1981 "A Study of Conciliation Counselling in the Family Court of Toronto: Implications for Socio-Legal Practice", *in* Irving (1981:41-70).

Kelly, Joan B.
1983 "Mediation and Psychotherapy: Distinguishing the Differences", *Mediation Quarterly* No. 1 September:33-44.
1987 "Mediated and Adversarial Divorce: Comparisons of Client Perceptions and Satisfaction", *Proceedings, Family Mediation: The Second Annual Conference*, Banff, Alberta.

Kressel, Kenneth
1985 *The Process of Divorce*, New York: Basic Books.

Lamb, Michael
1982 *Non-traditional Families: Parenting and Child Development*, Hillsdale, New Jersey, Lawrence Erlbaum.

Law Reform Commission of Canada
1974 *The Family Court*, Ottawa: Information Canada.
1975 *Divorce* Ottawa: Information Canada.
1976 *Report on Family Law* Ottawa: Information Canada.

Leitch, M. Laurie
1987 "The Politics of Compromise: A Feminist Perspective on Mediation", *Mediation Quarterly* No. 14/15 Winter 1986/Spring, 1987: 163-176.

Luepnitz, Deborah Ann
1982 *Child Custody* Toronto: D.C. Heath.

Markowitz, Janus R. and Pamela S. Engram
1983 "Mediation in Labour Disputes and Divorces: A Comparative Analysis", *Mediation Quarterly* No. 2 December: 67-78.

Marlow, Lenard
1985 "The Rule of Law in Divorce Mediation", *Mediation Quarterly* No. 9 September: 5-14.

Martin, Sheilah H. and Kathleen E. Mahoney
1987 *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto: Carswell.

McKie, D.C., B. Prentice and P. Reed
1983 *Divorce: Law and the Family in Canada*, Ottawa: Ministry of Supply and Services.

Mitchell, Ann
1985 *Children in the Middle*, London: Tavistock Publications.

Mnookin, R. and L. Kornhauser
1979 "Bargaining in the Shadow of the Law", *Yale Law Journal*, 1979, 88:960-997.

Musty, Timothy A. and Marjorie Crago
1984 "Divorce Counselling and Divorce Mediation: A Survey of Mental Health Professionals", *Mediation Quarterly* No. 6, December:73-86.

Payne, Julien
1973 *A Conceptual Model of Unified Family Courts*, Ottawa: Law Reform Commission.
1987 "The Evolution of Family Law in Response to Changing Family Structures with Special Reference for Spousal Support", Paper presented at the Law and Society Meetings, Hamilton.

Pearson, J. and N. Thoennes
1982 "Mediation and Divorce: The Benefits Outweigh the Costs", *Family Advocate*, 4: 26-32.
1984a "Mediating and Litigating Custody Disputes: A Longitudinal Evaluation", *Family Law Quarterly*, 17: 497-524.
1984b "A Preliminary Portrait of Client Reactions to Three Court Mediation Programs", *Mediation Quarterly* No. 3 pp: 21-40, 1984 p.38.

Pearson, J., M.L. Ring and A. Milne
1983 "A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sector", *Conciliation Courts Review*, 21: 1-24.

Richardson, C. James
1984 *A Proposal for an Evaluation of Reconciliation and Conciliation Services in Canada*, Ottawa: Department of Justice.
1987a *Divorce Mediation in Canada: A Preliminary Analysis* Ottawa: Department of Justice.
1987b *Evaluation of the Divorce Act, 1985, Phase I: Collection of Baseline Data*, Ottawa: Department of Justice
1987c "Children in Divorce", *in* Anderson et al (1987).

Roman M. and W. Haddad
1978 *The Disposable Parent*, New York: Holt, Rinehart and Winston.

Saposnek, D.T.
1983 *Mediating Child Custody Disputes*. San Francisco: Jossey Bass.

Sloan, R. and W. Greenaway
1987 *Divorce and Family Mediation Research Study: Winnipeg*. Ottawa: Department of Justice.

Wachtel, A. and B. Burtch
1981 *Excuses: An Analysis of Court Interaction in Show Cause Enforcement of Maintenance Orders*. Vancouver: Social Planning and Research.

Walczak, S. and S. Burns
1984 *Divorce: The Child's Point of View*. London: Harper and Row.

Wihak, Christine
1985 *Review of Literature on Mediation in Separation and Divorce and an Annotated Bibliography of Mediation Literature*. Ottawa: Department of Justice.

Weitzman, Lenore
1985 *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: The Free Press.

La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes:

un aperçu des résultats de recherche

Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada
Recherche en droit de la famille
Family Law Research
Canada

La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes : un aperçu des résultats de recherche

C. James Richardson
Université du Nouveau-Brunswick

Rapport préparé pour le ministère fédéral de la Justice

Février 1988

Les opinions exprimées dans ce rapport sont uniquement celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement les vues et les lignes de conduite du ministère de la Justice.

Publié sous l'autorité du ministre de la Justice et procureur général du Canada

Pour obtenir d'autres exemplaires, écrire ou téléphoner à la
Direction des communications et affaires publiques
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)
K1A 0H8

(613) 957-4222

N° de catalogue : J2-76/1988
ISBN 0-662-55722-0

©Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1988

Imprimé au: Canada

JUS-P-486

Table des matières

Remerciements v

Partie I : Introduction 1

Partie II : Recherche sur la médiation en matière de divorce 5

Questions et controverses 5
Évolution des formes et structures familiales 5
Les conséquences du divorce 6
La médiation en matière de divorce et la réforme du droit de la famille 8
Critiques de la médiation en matière de divorce 9
Les projets de recherche 11
L'Étude de Winnipeg 11
L'Étude sur la médiation des divorces et des questions familiales 12

Partie III : Questions de processus 15

La médiation en matière de divorce au Canada 15
Accession à un statut professionnel de la médiation en matière de divorce 15
La médiation en matière de divorce rattachée aux tribunaux et de pratique privée 16
Interaction entre les avocats et les médiateurs 19
Les quatre modèles 21
Aperçu 21
Organisation 22
Les services et la portée de la médiation 23
Traitement des causes 23
Profil des clients ayant et n'ayant pas recours à la médiation 25
Perceptions des clients 26
Taux de règlement 27

Partie IV : Répercussions de la médiation en matière de divorce 29

Avant-propos 29
Répercussions sur les clients 29
La médiation et les ordonnances alimentaires 29
La médiation et le respect des ordonnances alimentaires 31
La médiation, la garde et le droit de visite 32
Les dispositions et les ordonnances relatives au droit de visite 33
La médiation en matière de divorce et les relations entre ex-époux 35
Les frais légaux et la médiation 37
Répercussions de la médiation en matière de divorce sur le processus judiciaire 38
Période d'attente entre le dépôt de la requête et le jugement irrévocable 38
Soulagement de la crainte et de l'anxiété à l'égard du processus judiciaire 39

Partie V : Conclusions 41

Généralités 41
Les répercussions sociales 42
Portée de la médiation en matière de divorce 43
Méthodes de médiation en matière de divorce 44
Médiation obligatoire ou volontaire 45
Discussion 46

Notes 49
Liste des références 53

Remerciements

Le présent rapport repose sur deux projets distincts mais connexes portant sur la médiation en matière de divorce. Les principaux enquêteurs pour l'étude réalisée à Winnipeg sont William Greenaway et Rick Sloan tandis que l'étude plus importante concernant la médiation des divorces et des questions familiales était sous ma direction. Dans le cadre de ces projets de grande envergure qui se sont échelonnés sur une longue période, nous avons eu la chance d'être secondés par une excellente équipe de recherche qui nous a sans cesse aiguillonnés et par des collègues dont l'aide nous a été précieuse. Les principaux chargés de recherche étaient Lorna Doerksen (Saskatoon), Anne Champion et Bea Cherniak (Winnipeg), Judith Wood (Ottawa), Marie Kennedy-Lévesque (Montréal) et pour diverses phases du projet, Deborah Sherrard, Kathy Alexander et Grace Ollerhead (St-Jean, Terre-Neuve). En outre, Justin Lévesque et Dale Albers ont participé à temps partiel à l'un des deux projets à titre d'expert-conseil. Nous leur sommes tous reconnaissants de l'aide apportée, mais nous tenons à remercier plus particulièrement Anne Champion, Lorna Doerksen et Marie Kennedy-Lévesque qui nous ont été d'un grand secours tout au long du projet. Un certain nombre d'interviewers et de codeurs à temps partiel nous ont également aidés. Malheureusement, ils sont trop nombreux pour que nous puissions tous les nommer. Nous leur sommes reconnaissants car leur travail était souvent difficile et épuisant du point de vue émotif.

Nous n'aurions pu mener à terme notre recherche sans la coopération du personnel de divers tribunaux. Nous aimerions remercier le juge Dickson, Francine D'Aoust et Betty Ann Potruff de Saskatoon qui nous ont tous aidé à divers stages du projet. Comme les enquêteurs principaux de Winnipeg l'ont constaté, l'assistance et les conseils fournis par Jocelyn Gifford du Service de médiation familiale et par son personnel nous ont été très utiles. Le juge en chef adjoint Hamilton de la Cour du Banc de la Reine (Division de la famille) nous a aidés de ses nombreux conseils quant à la recherche et à la préparation des documents, mais il a aussi à l'occasion présidé le comité consultatif. Nous sommes particulièrement redevables à Lorraine Fillion et André Murray de Montréal pour l'intérêt considérable qu'ils ont montré à l'égard du projet et pour nous avoir fait partager leurs connaissances dans le domaine de la médiation en matière de divorce. Le juge en chef Gold a également accordé son appui total au projet de recherche et à la médiation en matière de divorce d'une manière générale et nous le remercions de sa collaboration. Madame le juge Noonan (Tribunal unifié de la famille à St-Jean, Terre-Neuve) s'est engagée depuis longtemps à trouver des solutions de rechange au divorce réglé par la procédure du débat contradictoire et encore une fois, son aide nous a été précieuse. Carol O'Brien, qui était alors administratrice de la cour susmentionnée et Rick Morris, qui lui aussi a quitté cette cour, nous ont fourni de l'information et des conseils qui se sont révélés très utiles. De nombreuses autres personnes travaillant auprès de divers tribunaux nous ont également prêté secours et nous tenons à souligner leur contribution, qui pour moins visible, n'en a pas moins été essentielle à la réussite du projet.

Nous avons également eu le plaisir de travailler avec des employés du ministère de la Justice, collaboration qui s'est avérée fructueuse et stimulante. C'est en grande partie l'une des premières discussions entre l'auteur, Margot Haug et Glenn Rivard qui a donné naissance au projet dont il est ici question. Ces deux personnes ont continué à nous conseiller et à nous encourager même lorsque d'autres projets exigeaient leur attention. Nous aimerions également remercier Wendy Bryans pour ses excellents conseils et ses commentaires perspicaces relativement aux ébauches du

présent rapport ainsi que des deux rapports plus importants. Les enquêteurs principaux des deux projets doivent beaucoup à Ab Currie qui a assumé la responsabilité de la gestion des projets presque jusqu'à la fin. Il a été un administrateur très efficace et compétent, mais nous lui sommes particulièrement reconnaissants de ses encouragements, de ses bonnes idées et surtout, de la confiance dont il a fait preuve à l'égard de notre capacité de mener à bien le projet. La responsabilité des documents finaux incombait à Sylvie Gagnon. Elle s'est révélée être un critique extrêmement compétent, perspicace et elle nous a fourni un appui constant. Nous l'en remercions.

Enfin, je ne voudrais pas passer sous silence la participation de ceux dont les noms doivent rester confidentiels: les personnes divorcées et séparées qui nous ont fait partager leurs expériences d'une période de leur vie que la majorité préféreraient sans doute oublier. Nous aimerions aussi remercier les nombreux avocats et médiateurs qui, malgré des horaires chargés, ont pris le temps de nous parler et de remplir nos questionnaires.

C. James Richardson
Fredericton (N.-B.)
Février 1988

Partie I : Introduction

Toutes les unions heureuses se ressemblent, nous dit Tolstoï au début d'*Anna Karénine*, mais les unions malheureuses sont toutes uniques en leur genre. Si, de son temps, le divorce avait été plus courant et moins réprouvé par la société et s'il avait écrit un livre différent, Tolstoï aurait sans doute été tenté de faire également remarquer à quel point les mariages se ressemblent mais à quel point les ruptures sont différentes les unes des autres. Les seules larmes que provoque le mariage sont en général des larmes de joie. Toutefois, la rupture entraîne presque inévitablement la douleur, l'amertume, le chagrin ainsi que le bouleversement soudain de la vie des gens.

Le divorce et les structures familiales qu'il engendre envoient des ondes de choc dans tout le système familial; ses conséquences vont bien au-delà de la famille immédiate et de la période de réadaptation qui suit la séparation. Si l'on exclut le traumatisme affectif qui semble caractériser même les plus amiables des séparations, le divorce ébranle les notions admises de ce que l'on entend par « famille » et la façon dont elle est, en tant que petite entité, en rapport avec d'autres familles et d'autres éléments de la collectivité. Il s'agit là de changements et d'effets que nous commençons seulement à comprendre et à incorporer à la théorie sociologique de la famille et du mariage ainsi qu'à la politique sociale.

Alors que la famille nucléaire traditionnelle était sur la sellette, on a pu relever une tendance à voir en le divorce un processus pouvant être créatif, réadaptateur et libérateur. C'est peut-être souvent le cas. Cependant, une grande partie des données accumulées incitent à croire que, quel que soit le dénouement, le processus menant au divorce perturbe certains membres de la famille, sinon tous. Le fait, par exemple, que pour la plupart des gens l'audience de leur cause ne traîne pas en longueur et ne soit pas chargée émotivement, comme dans « Kramer contre Kramer », mais soit plutôt une simple formalité de moins d'un quart d'heure, dissimule souvent la somme d'angoisse, d'hostilité et de négociations qui l'ont précédée. Cette audience « sans contestation » n'est souvent que l'aboutissement d'un processus de rupture long et éprouvant.

Au cours des dernières années, on a pu noter un intérêt croissant pour la création et l'utilisation de moyens visant à mettre fin aux mariages malheureux en minimisant les coûts sociaux, psychiques et économiques. Parmi ces moyens de rechange au processus judiciaire traditionnel, on compte la médiation en matière de divorce, défini comme le recours à une tierce partie neutre en vue d'aider les couples en instance de séparation ou de divorce à mettre fin à leur union avec le moins de peine et de frais possible. La médiation en matière de divorce — que l'on appelait auparavant thérapie familiale et conjugale — est une méthode nouvelle et institutionnalisée seulement en partie qui vise à régler les litiges familiaux et conjugaux. Elle n'a pas la même histoire ni la même tradition que le processus juridique et, dans certains milieux, on estime qu'elle s'immisce inutilement, voire dangereusement, dans le domaine du droit de la famille. Afin d'évaluer cette innovation en droit de la famille, le présent rapport s'intéresse à l'élaboration, à la nature et aux répercussions de ce nouveau moyen de régler les différends.

Une ébauche de discussion, rédigée en août 1984, est à l'origine des questions évoquées dans le présent rapport (Richardson, 1984). Celui-ci est basé sur plusieurs documents de travail et sur des rapports sur le droit de la famille de la Commission de réforme du droit du Canada, sur l'évaluation des quatre projets-pilotes sur les tribunaux unifiés de la famille, ainsi que sur d'autres recherches sur la thérapie fami-

liale et conjugale et la médiation en matière de divorce. Il comporte également une discussion de diverses préoccupations au sujet des répercussions des méthodes non contradictoires dont ont fait part des membres du Barreau, des associations s'occupant de la condition féminine au Canada et des groupes intéressés par le concept nouveau qu'est le droit des pères. L'ébauche de discussion concluait en suggérant un modèle de recherche visant à répondre aux questions d'évaluation et aux besoins généraux d'information du ministère fédéral de la Justice, en ce qui a trait aux futures décisions concernant la politique sur le divorce et la situation économique des femmes et des enfants après le divorce.

Une étude supplémentaire était justifiée par le fait que, si les partisans de la médiation en matière de divorce manifestent beaucoup d'enthousiasme pour les avantages que cette méthode semble offrir par rapport au processus du débat contradictoire traditionnel, il n'en demeure pas moins qu'une grande part de cet optimisme manque de fondement solide et que souvent le système contradictoire est décrit de façon très polémique, voire même caricaturale. Cependant, même si l'optimisme à l'égard de la médiation et la critique du système judiciaire sont justifiés, on ressent le besoin de savoir quelles méthodes et quels modèles de médiation s'établissent actuellement au Canada et dans quelle mesure cette méthode d'inspiration essentiellement américaine donne des résultats dans le cadre culturel, social et juridique canadien. Bien que les préoccupations que suscite la médiation en matière de divorce ne semblent pas pour l'instant étayées par des preuves empiriques, il a été jugé important que la recherche explore les conséquences ou les résultats inattendus de cette méthode de règlement des litiges.

Ce rapport concluait à la nécessité d'une évaluation de la médiation en matière de divorce qui se concentrerait sur son processus, ses résultats et ses répercussions sociales. Pour ce qui est des résultats, les questions ont visé essentiellement à déterminer l'efficacité relative de la médiation en matière de divorce lorsqu'il s'agit d'obtenir des ententes sérieuses et de longue durée, d'atténuer la peine, l'amertume et les difficultés financières liées à une rupture entre conjoints, de favoriser le rôle parental après le divorce et du point de vue de l'État, d'améliorer tant l'efficacité des tribunaux spécialisés en droit de la famille que l'exécution des ordonnances alimentaires. On espérait du même coup que le processus d'évaluation fournirait des informations plus systématiques sur le fonctionnement des services de médiation en matière de divorce et de consultation en matière de séparation, sur les diverses méthodes utilisées actuellement ainsi que sur la manière dont ces services interagissent avec le milieu juridique et le système judiciaire. Les répercussions sociales étudiées dans ce rapport sont l'effet de la médiation sur la protection des droits de la personne, sur la situation économique des femmes et des enfants après le divorce, sur les avocats et enfin, sur la sauvegarde de la famille. Mais par-dessus tout, cette étude a cherché à savoir si la médiation permet d'atténuer les effets qu'a sur les enfants la rupture des parents.

Ainsi, l'une des initiatives du ministère fédéral de la Justice dans le domaine de la médiation en matière de divorce a été d'entreprendre deux projets d'évaluation des services de médiation en matière de divorce rattachée aux tribunaux de quatre villes canadiennes.[1] Le plus important de ces projets, auquel nous ferons ici référence sous le titre de « Étude sur la médiation des divorces et des questions familiales » (EMDQF) portait sur Saskatoon, Montréal et Saint-Jean, Terre-Neuve. Le second projet, que nous appelons simplement « Étude de Winnipeg », s'est concentré sur le service de médiation à la famille de cette ville. Les deux projets avaient les mêmes objectifs fondamentaux et traitaient les mêmes questions au sujet du divorce et de la médiation à la famille. Cependant, des changements apportés récemment au droit de la famille du Manitoba, et donc à Winnipeg — en particulier la médiation quasi-obligatoire en cas de contestation de la garde — ont obligé à y mener la

recherche de manière quelque peu différente de ce qui a été fait dans les trois autres villes; un projet distinct a donc dû être mis sur pied.

Le présent rapport vise à faire connaître à un public plus nombreux les principaux résultats de ces deux projets de recherche canadiens sur les services de médiation en matière de divorce. Étant donné la portée de ces projets et la multiplicité des questions qu'ils abordent, nous devons nous contenter ici d'offrir un aperçu des résultats obtenus, sans pouvoir entrer dans les détails ni présenter les tableaux contenus dans les rapports principaux (Sloan et Greenaway, 1987; Richardson, 1987a).

L'introduction de cette forme de « justice informelle » dans le droit de la famille ayant donné lieu à une certaine controverse à propos des conséquences prévues et imprévues de la médiation ainsi que de la meilleure manière d'évaluer celle-ci, ce rapport comprend plusieurs parties. Nous évoquons d'abord brièvement les questions de fond et les controverses du domaine du droit de la famille ainsi que leurs rapports avec la médiation en matière de divorce. Ces éléments constituaient le contexte des questions traitées par les deux études sur la médiation.

Les deux parties suivantes portent respectivement sur les résultats obtenus quant aux questions de processus et les questions d'efficacité et de répercussions sociales. Enfin, à la dernière partie, nous tentons de tirer certaines conclusions sur l'efficacité générale et les répercussions de la médiation en matière de divorce, sur l'efficacité relative des différents modèles étudiés et sur l'avenir de cette approche relativement récente de règlement des différends familiaux.

Partie II : Recherche sur la médiation en matière de divorce

Questions et controverses

Au Canada, la médiation en matière de divorce — ou thérapie familiale et conjugale comme on l'appelait avant — est apparue après plus de dix ans de critiques du droit de la famille traditionnel. Celui-ci était attaqué sur le plan de la philosophie, des procédures et des complications structurelles qu'entraîne un système judiciaire dans lequel la plupart des questions familiales sont de compétence provinciale alors que la législation en matière de divorce relève du gouvernement fédéral. Au cours des années 1970, la Commission de réforme du droit du Canada, tout nouvellement formée, a rédigé plusieurs documents de travail et rapports portant sur ce qui était perçu, à l'époque, comme les questions cruciales et les lacunes du droit de la famille et de son application. Cette commission a fait plusieurs recommandations importantes en faveur de changements allant de la création de tribunaux unifiés de la famille dans tout le Canada à une restructuration et une refonte en profondeur de la *Loi sur le divorce de 1968*.

Évolution des formes et structures familiales

On reprochait en particulier au droit de la famille son incapacité à suivre l'évolution rapide du mariage, de la famille et du divorce ainsi que son impuissance à faire face aux conséquences psychologiques, sociologiques et économiques de la rupture du mariage. Selon les auteurs des années 1970, les observations faites sur les États-Unis par Meyer Elkin — selon lesquelles la structure familiale s'était tellement transformée que le droit de la famille traditionnel semblait remonter à une ère depuis longtemps révolue — paraissaient décrire avec justesse d'une part le droit canadien de la famille et d'autre part, la « tornade de changements » qui secouait les institutions censément vénérables et stables que sont le mariage et la famille (Elkin, 1973).

Il est incontestable qu'au cours des années qui ont suivi la *Loi sur le divorce de 1968*, le taux de divorce au Canada a augmenté subitement et cela a donné naissance à diverses formes d'entités familiales.[2] La famille nucléaire était et est encore statistiquement la norme, mais il devenait de plus en plus évident que, par choix ou à cause des circonstances, la cellule familiale de nombreux Canadiens avait pris des formes différentes. Les familles monoparentales ont commencé à devenir plus nombreuses, mais il existe plusieurs autres formes d'unités familiales nées d'un divorce, que l'on a nommées remariages, familles reconstituées, familles binucléaires ou autres, pour essayer de saisir l'essence et la complexité de ces nouvelles formations (Ahrons, 1979; Gross, 1985; Cherlin, 1978). Par conséquent, comme le soutient Margrit Eichler (1983), ni la théorie ni la politique sociale ne pouvaient plus être fondées sur ce qu'elle appelle un préjugé monolithique de la famille : aujourd'hui, aucune forme d'unité familiale ne peut être qualifiée de « normale ».

Les attitudes évoluaient elles aussi. Dans les années 1950 et 1960, on estimait souvent que le divorce était un événement désastreux qui sapait et détruisait la famille. Les enfants de parents divorcés étaient souvent considérés comme des victimes que l'on prenait en pitié. Cependant, au cours des années 1970 le divorce,

sans qu'on lui prête cependant un caractère romantique, a commencé à être perçu comme *pouvant* permettre créativité, réadaptation et libération. On peut lire dans le document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada :

> . . . Le divorce peut fournir une réponse valable aux problèmes matrimoniaux. Il ne faut surtout pas assimiler le divorce à une notion préjudiciable au mariage, car beaucoup de divorcés réussissent leur deuxième mariage. Le divorce peut donc fournir l'occasion aux ex-époux et à leurs enfants de créer de nouveaux foyers ainsi que l'occasion de fonder une cellule familiale nouvelle et viable (Commission de réforme du droit, 1975).

De même, Ann Marie Ambert (1980:10) commençait son étude sur le divorce en disant que celui-ci est un processus normal comportant une tâche spécifique à accomplir, une anxiété évidente à surmonter, une satisfaction et des buts à rechercher. De nombreux autres chercheurs, préoccupés par le sort des enfants en cas de divorce, conclurent qu'ils sont en général plus heureux au sein d'une famille divorcée que dans un foyer intact mais malheureux et parfois violent.[3]

Ainsi, le divorce était plus souvent vu comme une solution que comme un problème. On pensait de plus en plus sérieusement que l'État ne devait ni tenter de maintenir les mariages ayant échoué ni placer d'obstacles juridiques et administratifs en travers du chemin des personnes désirant trouver une solution légale à leurs problèmes conjugaux. Autrement dit, le divorce était moins à l'index qu'autrefois et, bien que le mariage conventionnel et la famille nucléaire soient demeurés populaire auprès de la plupart des gens, il semblait y avoir en même temps une plus grande tolérance à l'égard des unités familiales et des modes de vie différents.[4]

Enfin, nous avons également noté l'apparition d'une conception beaucoup plus large et moins conventionnelle de ce qu'est la famille et de ce qu'exige sa protection et son renforcement. On a cru dans le passé qu'il était affectivement mauvais pour les ex-conjoints de rester en contact d'une manière ou d'une autre, car ce fait révélait l'incapacité de l'un ou des deux conjoints à admettre l'échec de leur union (Roman et Haddad, 1978). Cependant, on pense aujourd'hui que la rupture nette n'est pas appropriée lorsque des enfants sont en cause. La dissolution d'un mariage ne devrait pas entraîner la dissolution de la famille puisque les personnes séparées ou divorcées doivent continuer à assumer leurs responsabilités parentales, vitales au bien-être des enfants. Comme cela a été très souvent remarqué, idéalement, le divorce ne met pas un terme à la relation parentale ou familiale mais il la transforme et engendre des structures et des relations familiales plus complexes. Ainsi, des relations suivies entre ex-conjoints n'indiquent pas forcément que ceux-ci se raccrochent à un mariage qui n'est plus. Il semble plutôt que les parents sont souvent en mesure de partager le rôle parental tout en mettant fin, tant légalement qu'émotivement, à leur relation (Folberg, 1981:85).

Les conséquences du divorce

Tout en considérant le divorce avec plus de bienveillance, on a cependant admis que ses effets à court terme sont souvent psychiquement et émotivement traumatisants pour tous les membres de la famille. Immédiatement après la décision de mettre fin au mariage, l'identité de l'initiateur du divorce ne semble plus avoir d'importance; les deux personnes voient leur vie bouleversée et éprouvent probablement des émotions contradictoires diverses allant du rejet, de la colère et de l'amertume, à une espèce de soulagement ambivalent à propos de la fin d'une relation malheureuse et peut-être intolérable (Cherlin, 1981).

Naturellement, les probabilités sont grandes pour que les conflits qui ont mené les époux au divorce subsistent par la suite. Après avoir passé en revue le nombre imposant d'études sur des familles de divorcés, Kenneth Kressel conclut que l'année qui suit le divorce est vraiment très pénible pour presque tous les couples (Kressel, 1985:15). De plus, il semble évident que des conflits intenses persistent longtemps par la suite. L'inobservation des obligations alimentaires est un indice tangible de conflit mais les disputes au sujet du rôle parental et du droit de visite semblent être le lot d'un nombre encore plus grand de divorcés. Même les études axées sur les couples entrant peu en conflit révèlent que 20 à 40% des couples divorcés ne sont pas satisfaits des modalités du droit de visite ni du dialogue sur le rôle parental et qu'ils sont parfois sérieusement en conflit. Selon Kressel, 20 à 50% des couples divorcés n'ont pas pu établir des relations satisfaisantes après leur divorce.

Les victimes les plus évidentes et les plus malheureuses de ce conflit sont les enfants dont les parents se séparent. Plus que quiconque, les jeunes enfants vivent leur vie dans le petit monde de la famille. Il est donc normal qu'un changement de la forme ou de la structure de celle-ci ait un effet énorme sur leur existence et leur personnalité. Les études qui ont tenté d'établir une relation de cause à effet entre le divorce et certains problèmes affectifs, d'apprentissage et de comportement chez l'enfant, n'ont jusqu'à présent pas donné de résultats concluants. Cependant, les études basées directement sur des récits d'enfants peu de temps après la rupture de leurs parents indiquent de façon assez cohérente que les parents ont tendance à sous-estimer gravement ou à ignorer l'extrême difficulté que représente ce moment pour les enfants; elles mettent de plus en évidence les sentiments de colère, d'amertume, de confusion, d'anxiété et de culpabilité ressentis.[5]

Cette recherche propose au moins trois facteurs pouvant aider les enfants à s'adapter à leur nouvelle situation : 1) un droit de visite libéral et des relations constantes avec le parent qui n'a pas la garde; 2) après le divorce, une relation entre le père et la mère aussi dénuée de conflits que possible, et 3) le rétablissement d'habitudes domestiques rangées et réconfortantes. Autrement dit, la plupart des couples qui se séparent ou divorcent — et pas uniquement ceux qui se disputent au sujet du droit de garde et de visite — ont besoin de soutien et d'aide au moment de la rupture et pendant une très longue période. Beaucoup ont besoin d'aide non seulement pour s'adapter à leur nouvelle situation mais surtout pour aider leurs enfants à s'adapter aux énormes changements causés par la rupture de l'union de leurs parents. De plus, cette étude fait valoir que les enfants s'en tirent mieux quand les conflits sont réduits au minimum et qu'ils ne perdent pas le contact avec un de leurs parents. Cette étude étaye donc tant la thèse en faveur de la médiation en matière de divorce, avec les promesses de règlement à l'amiable qu'elle renferme, que celle en faveur du régime de garde conjointe qui encourage le partage du rôle parental. En fait, parmi les partisans de la médiation en matière de divorce, ces idées pleines de sagesse sont consacrées.

Enfin, ces tensions et problèmes sont accompagnés et aggravés par les conséquences économiques inévitables de la rupture du mariage. Il est maintenant prouvé que les conséquences économiques du divorce ne sont pas les mêmes pour les hommes que pour les femmes. Les hommes s'en tirent en général mieux et la majorité des femmes (et leurs enfants) sont destinées à une pauvreté relative ou absolue. C'est pourquoi la qualité et la nature des relations après le divorce dépendent dans une large mesure de ces questions économiques, plus souvent litigieuses que celle de la garde des enfants ou du droit de visite. Ici aussi, la médiation en matière de divorce, en faisant prendre conscience aux parents de leurs obligations à cet égard, permet d'obtenir des règlements financièrement plus viables, même lorsque la pension alimentaire ne fait pas l'objet de la médiation.

La médiation en matière de divorce et la réforme du droit de la famille

Dans le contexte d'un changement de l'opinion quant à l'adéquation du droit de la famille et de ses procédures, certaines tentatives de réforme du droit de la famille ont alors eu lieu tant en vue de permettre à tous de pouvoir choisir le moyen de mettre fin à leur union, que pour atténuer certaines des conséquences de cette décision. Comme l'a fait remarquer un commentateur, les litiges familiaux se distinguent des autres actions civiles en ce qu'ils comportent un élément émotif beaucoup plus fort et que la dissolution d'un mariage exige des procédures autres que celles qui « suffisent pour obtenir des dommages et intérêts en cas de violation de contrat commercial ou réparation en cas d'agression sur des personnes ou des biens ».[6]

Sur le plan philosophique, le principal coupable identifié était le processus du débat contradictoire traditionnel qui a été qualifié par la Commission de réforme du droit du Canada comme « une des plus grandes blessures que le Canada se soit infligées » et une arme qui ne devrait pas être mise entre les mains des conjoints en désaccord au sujet de leurs relations interpersonnelles (Commission de réforme du droit, 1976:16). Comme l'a fait valoir la Commission, les méthodes contradictoires ne conviennent pas: elles intensifient la peine et l'amertume et elles entravent la possibilité d'un règlement à l'amiable. La Commission s'opposait aussi au fait que la législation en vigueur tende à faire retomber les torts sur l'une des parties, ce qui selon elle, était rarement pertinent en cas de rupture; les *motifs invoqués* pour le divorce et les *vraies raisons* du divorce étant en général bien différentes. Les gens devaient souvent inventer des motifs et cela ne faisait qu'accentuer le conflit.

Sur le plan structurel, la Commission a également déploré le manque de ressources, de services et de procédures pour régler les problèmes sociaux et affectifs liés à une rupture conjugale. C'est pourquoi la Commission a plaidé en faveur de la création de tribunaux unifiés de la famille. Par juridiction unifiée ou intégrale, on entendait tout d'abord la création de tribunaux spécialisés présidés par des juges de la cour supérieure ayant juridiction pleine et entière sur les questions d'ordre familial. D'autre part, ces tribunaux devaient offrir un ensemble de services d'information et d'accueil, des services de consultation et de médiation, des conseils juridiques, des évaluations en matière de garde et l'exécution des ordonnances alimentaires. On espérait que ces services, en particulier ceux à caractère social, compléteraient les services judiciaires des tribunaux et que le recours à la consultation et à la médiation aiderait à régler à l'amiable les litiges familiaux et, dans la mesure du possible, à soulager les tribunaux d'une partie de leur charge de travail (Ministère de la Justice Canada, 1983).

La médiation en matière de divorce et les conseils en matière de séparation occupaient une place de choix dans cette réforme du droit de la famille et de son application et ce, pour au moins deux raisons fondamentales. Premièrement, ces services semblaient être le moyen le plus efficace d'éviter les effets censément préjudiciables du système contradictoire traditionnel. En outre, la Commission estimait que de tels services permettraient au droit de la famille d'atteindre son objectif général consistant à préserver la famille traditionnelle, grâce à la consultation en vue d'une réconciliation et à améliorer les relations entre les membres de la famille après la rupture, grâce aux conseils en matière de séparation et de divorce. On estimait que ces services devaient être mis à la disposition de tous les couples qui se séparent; certains ont été jusqu'à dire que la médiation devait être obligatoire lorsque les conjoints ne s'entendent pas sur la manière de mettre fin à leur union.

Au cours des années, les partisans de cette méthode ont fait valoir que les ententes obtenues par médiation sont plus durables et qu'elles protègent mieux les intérêts des enfants que celles imposées par la procédure du débat contradictoire

dans les tribunaux. D'après eux, la médiation en matière de divorce permet aux gens de parvenir à des modalités de règlement supportables, ce qui leur évite de faire à nouveau appel aux tribunaux pour faire exécuter ou modifier les ententes relatives à la garde, au droit de visite et à la pension alimentaire. En somme, la médiation en matière de divorce a été louangée en tant que moyen humain et financièrement plus intéressant de régler les litiges matrimoniaux. Selon ses partisans, elle est plus humaine que les méthodes traditionnelles parce qu'

a) elle aborde de façon plus thérapeutique les litiges familiaux et conjugaux;
b) elle atténue la peine et l'amertume liées aux ruptures au lieu de les intensifier;
c) elle protège les intérêts des enfants;
d) elle permet plus de règlements amiables;
e) elle incite les ex-époux à accepter leurs responsabilités parentales et à les assumer de manière continue.

Les avantages financiers de la médiation sont les suivants :

a) elle réduit les frais légaux et le temps des tribunaux car les contestations sont moins nombreuses;
b) elle réduit les frais encourus par les clients par suite de longues négociations;
c) elle réduit les coûts qu'entraînent le retour au tribunal pour l'exécution du jugement ou la modification des ordonnances;
d) elle réduit le défaut de paiement des ordonnances alimentaires.

Critiques de la médiation en matière de divorce

Il existe maintenant de nombreux documents apportant un soutien tant empirique que polémique à ces affirmations sur la médiation en matière de divorce. Il y a aussi de plus en plus de documents, la plupart offrant un point de vue féministe qui, sans être forcément opposés aux buts et aux objectifs de la médiation en matière de divorce, se demandent si cette autre forme de « justice informelle » sert réellement l'intérêt des femmes et des enfants.[7]

Un domaine des sciences sociales a connu un réel essor au cours des années 1980 : les recherches féministes et les études effectuées par des femmes. Cette progression s'est surtout fait sentir dans les domaines de la justice, de la sociologie du droit et de la recherche légale en général. Les perspectives féministes ont souvent allié la théorie à la pratique, ce qui a donné lieu à des pressions croissantes, parfois appuyées sur des recherches solides, afin que la législation s'ouvre davantage à la situation particulière des femmes et que des réformes bien intentionnées n'aient pas pour effet inattendu d'empirer la situation déjà défavorisée de la femme dans la société moderne.

Les féministes se sont penchées de plus près sur la médiation en matière de divorce, le divorce non fondé sur la faute, la garde conjointe, la rédaction des lois en usant des pronoms masculin et féminin et son corollaire, la disparition d'idées préconçues sur le sexe, sur le rôle parental et l'aide économique. Tout cela a aidé à remplacer l'ancienne image — plus optimiste — du divorce par une vue plus sombre de ses avantages relatifs pour les hommes et de ses conséquences terribles pour les femmes et leurs enfants. Ces questions constituent ce qui est appelé dans les études présentées ici, les questions d'évaluation des répercussions sociales.[8]

Il n'est pas nécessaire d'être une féministe pour se rendre compte du dilemme que présente la médiation en matière de divorce pour le système judiciaire. Notre système judiciaire occidental repose en partie sur la notion de procédure équitable; ses règles sont établies par le droit plutôt que par les personnes. En droit civil comme en droit criminel, le système du débat contradictoire est un élément fondamental de

ce processus. Par définition, la médiation en matière de divorce existe pour éviter le processus contradictoire traditionnel. Comme le précise Jay Folberg qui en est un partisan convaincu :

> Les éléments mêmes qui rendent la médiation tellement plus attirante que le processus contradictoire engendrent des risques et posent des questions importantes. Puisque la médiation se distingue comme étant une méthode de résolution des conflits reconnaissant le divorce et les litiges familiaux comme des questions tant juridiques qu'affectives, nous devons nous demander quels doivent être les rapports entre les sentiments d'une part et les droits de la personne et les obligations légales d'autre part. La médiation se fait en privé et est donc moins assujettie à des règles de procédure et à la jurisprudence; par conséquent, les gens vont se demander si le processus lui-même est équitable et si les termes de l'entente obtenue grâce à la médiation sont justes (Folberg, 1983:11).

Dans ce contexte, des féministes se sont demandées si les femmes (et leurs enfants) ne se tireraient pas mieux d'affaire sur le plan économique si elles étaient représentées par un avocat talentueux (Bottomley, 1985). Elles se sont demandées si les femmes sont défavorisées lorsqu'elles entament une médiation du fait qu'elles manquent d'expérience dans les questions financières et de négociation, et si elles finissent par accepter des règlements moins avantageux que si elles avaient eu recours au processus du débat contradictoire traditionnel. En d'autres termes, la médiation est fondée sur la notion d'égalité souvent parce que des négociateurs chevronnés représentent les deux parties. Mais cela est beaucoup plus vrai pour la médiation en matière de travail que pour la médiation en matière de divorce; dans ce dernier cas, les deux parties ne s'assoient pas toujours à la « table de négociation » avec des ressources égales car elles se représentent elles-mêmes.

D'autres ont posé la question plus délicate à savoir si les femmes finissent par avoir recours à la médiation dans le contexte de règles explicites et implicites fondées sur la patriarchie (Leitch, 1986). Par définition, les médiateurs sont neutres. Mais plusieurs se sont demandées si les médiateurs, tant les hommes que les femmes, n'amenaient pas involontairement des valeurs sexistes au cours de la séance de médiation. De plus, jusqu'à quel point les médiateurs sont-ils conscients du fait que, par la socialisation, les hommes et les femmes peuvent avoir des manières bien différentes de « marchander » et faire valoir au cours de la négociation des priorités très différentes ?

Une autre préoccupation est l'évolution des tendances en matière d'attribution du droit de garde et leurs conséquences pour les femmes. Généralement, les féministes ne sont pas opposées en principe à la garde conjointe. De fait, pour que leurs prises de position ne soient pas contradictoires, les féministes doivent partager avec les groupes de défense des droits des pères certains points de vue à l'effet que les qualités de parent ne sont innées ni chez l'homme ni chez la femme. Elles se sont plutôt préoccupées des conséquences inattendues de la préférence donnée à la garde conjointe. Elles souhaiteraient entre autres que lorsque la rupture du mariage a été précipitée par la violence, l'alcoolisme ou peut-être des actes d'abus sexuel, les femmes aient le droit de refuser aux hommes la garde des enfants et peut-être même le droit de visite. Elles prétendent également que la garde conjointe finit souvent par devenir une garde légale partagée où la mère assume en réalité la garde physique. Par ailleurs, en cas de garde conjointe, les hommes sont tenus à des pensions alimentaires moins élevées que lorsque la garde est attribuée à la mère. Par conséquent, la femme est en grande partie responsable des soins des enfants et elle dispose pour cela de moins de ressources. On craint enfin que si, pour diverses raisons, une femme hésite à conclure une entente de garde conjointe, les tribunaux considèrent qu'elle ne s'est pas montrée coopérante et elle risquerait alors de perdre complètement la garde.

Il s'agit d'une question qui va au-delà des avantages et des inconvénients de la médiation en matière de divorce. Une des caractéristiques de celle-ci est sa tendance évidente à encourager les accords de garde conjointe ou, plus précisément, de partage du rôle parental. La plupart des médiateurs semblent avoir été fortement influencés par les recherches sur les enfants et le divorce; ils pensent que le partage du rôle parental est en général dans l'intérêt des enfants dont les parents se séparent.

Ce sont les féministes qui ont fourni les critiques les plus précises et les plus claires de la médiation en matière de divorce et d'autres tentatives de réforme du droit de la famille. De temps à autre, les membres de la profession juridique ont également émis des réserves à l'égard de cette méthode de résolution des litiges familiaux et conjugaux. Nous les résumons ici brièvement. Tout d'abord, on se demande si cette intervention, cette forme de « justice informelle », protège suffisamment les droits de la personne. Nous l'avons dit, les féministes soulèvent également ce problème. De temps à autre, les membres de la profession juridique se posent la question de manière plus générale. Ensuite, étant donné que la séparation et le divorce sont des questions d'ordre légal, on se demande quel rôle l'avocat joue lorsqu'un couple choisit de recourir à la médiation. Enfin, quelle est la valeur légale des règlements obtenus par le biais de la médiation : sont-ils techniquement précis, resteront-ils valables au tribunal, sont-ils justes et équitables ?

Les projets de recherche, subventionnés par le ministère fédéral de la Justice, souhaitaient décrire les services de médiation en matière de divorce offerts par les tribunaux de plusieurs juridictions et déterminer les résultats, prévus et inattendus, de cette intervention par rapport à ceux du système du débat contradictoire traditionnel. Cette dernière section décrit très brièvement les deux projets de recherche ainsi que les sources des données utilisées.

Les projets de recherche

L'Étude de Winnipeg

Dans le cas de l'Étude de Winnipeg, le principal obstacle à l'établissement d'un modèle de recherche était l'absence de groupe témoin. Depuis 1984, date à laquelle un certain nombre de modifications ont été apportées à la procédure et à la loi, presque toutes les causes mettant en jeu la garde des enfants et le droit de visite entendues par la Cour unifiée de la famille de Winnipeg sont tôt ou tard dirigées vers la médiation. Ceci a eu pour effet d'exclure toute comparaison possible des causes ayant fait l'objet d'une médiation avec celles qui n'en ont pas fait l'objet. Du même coup, toute utilisation d'une méthode quasi-expérimentale était aussi exclue. Par ailleurs, certains couples refusent la médiation mais l'étude concluait que les comparaisons entre ceux qui « acceptent » la médiation et ceux qui la « refusent » pouvaient être trompeuses : la médiation pouvait avoir été refusée car les parties avaient déjà négocié un accord à l'amiable, ou au contraire parce que l'intensité de la contestation et de l'hostilité entre les conjoints rendait la médiation impossible.[9]

En bref, l'Étude de Winnipeg est surtout descriptive; les comparaisons sont très subjectives, c'est-à-dire que les répondants — clients, avocats et juges — ont été interrogés sur les changements introduits par la médiation en fonction de *leur évaluation et de leur perception personnelle*. Les données comparatives permettant de faire une évaluation plus objective se limitent à l'analyse de données tirées des

archives du tribunal (instances de divorce de l'année 1983) qui n'ont, malheureusement, pas toujours permis d'établir des comparaisons. Pour l'Étude de Winnipeg, les données provenaient des sources suivantes :

1. des questionnaires adressés à 282 clients ayant consulté le service de médiation à la famille entre novembre 1985 et avril 1986;[10]
2. des entrevues téléphoniques avec 138 clients, environ trois à quatre mois après la fin de la médiation;
3. des extraits de dossiers de clients du service de médiation à la famille ayant répondu au questionnaire;
4. des relevés statistiques internes du service de médiation à la famille ainsi que les relevés quotidiens et mensuels des admissions pour 1985 et 1986;
5. des extraits des archives du tribunal pour la période allant de novembre 1985 à avril 1986 correspondant à 93 individus dirigés par la Cour vers la médiation et ayant répondu au questionnaire initial;
6. des données d'archives — examen de 170 demandes de divorce déposées en 1983 et qui comprenaient une demande de garde ou de droit de visite;
7. des entrevues téléphoniques structurées avec 42 avocats exerçant le droit de la famille;
8. des entrevues personnelles avec chacun des juges de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (division de la famille) et des six médiateurs travaillant pour le service de médiation à la famille et ayant intervenu dans les causes étudiées.

L'Étude sur la médiation des divorces et des questions familiales

Cette étude comprend trois volets principaux : une analyse systématique des archives des tribunaux, intitulée Analyse des causes, une Etude des observations, et des entrevues avec les ex-conjoints dont la cause a été étudiée dans l'Analyse des causes, que nous appelons Étude des entrevues avec les clients. En plus de la recherche portant sur les couples en train de divorcer, deux études supplémentaires ont été effectuées : l'Étude portant sur les avocats comportait des entrevues personnelles avec des avocats spécialisés en droit de la famille et un questionnaire adressé par la poste aux avocats s'intéressant au droit de la famille ou qui exercent dans ce domaine; et l'Étude de la médiation qui consistait en un questionnaire posté aux médiateurs et aux conseillers.

L'étude est longitudinale en ce sens que le plan de recherche comportait la collecte, dans les archives des tribunaux, de données portant sur des causes nouvelles ou récentes de séparation ou de divorce (Analyse des causes); cette étape fut suivie par des entrevues menées auprès d'un sous-échantillon de couples, environ six mois après le règlement de la cause (Étude des entrevues avec les clients). Ce délai de six mois permettait aux personnes concernées de s'adapter au divorce ou à la séparation, mais réduisait les possibilités qu'elles aillent s'établir hors de la juridiction. De plus, les chercheurs des trois territoires d'enquête ont entrepris d'observer les services d'orientation et de médiation auprès des tribunaux ainsi que leurs relations avec le processus judiciaire et la profession juridique (Étude des observations). Les chercheurs ont également effectué des entrevues informelles auprès des conseillers, des médiateurs et d'autres employés des tribunaux intervenant à une phase ou l'autre du processus. Vers la fin du projet, les chercheurs sont retournés dans les tribunaux pour déterminer quelle proportion des causes — ayant fait ou n'ayant pas fait l'objet d'une médiation — avait donné lieu à des demandes de modification ou d'exécution de l'ordonnance initiale.

Au total, des données ont été recueillies à l'aide de 1773 dossiers du greffe, auprès de 905 hommes et femmes séparés ou divorcés et, à la suite des deux enquêtes postales, auprès de 220 avocats et 219 médiateurs. Certaines données qualitatives moins structurées sont tirées de rencontres avec 60 avocats exerçant le droit de la famille dans les trois lieux d'enquête. De plus, pour deux de ces territoires d'enquête, l'Étude des observations a permis de recueillir des données descriptives détaillées et étendues.[11]

Les causes de médiation et les causes contestées représentent la minorité de tous les cas portés devant les tribunaux de la famille. Aux fins statistiques et théoriques, ces deux types de causes sont surreprésentés puisqu'en général, tous les cas de ces deux catégories ont été inclus dans l'échantillonnage. Les totaux ci-dessus comprennent 363 *dossiers* du greffe se rapportant à des couples en instance de séparation ou de divorce ayant participé à des sessions de médiation. De plus, 324 *personnes* ayant participé à des sessions de médiation pour tenter de parvenir à un accord ont été interrogées.

Des 905 personnes divorcées ou séparées interrogées, 58% sont des femmes alors que l'étude visait à rencontrer les deux ex-conjoints; cela n'a pas toujours été possible, c'est pourquoi 56% seulement de l'échantillon est composé de « couples appariés ».[12]

Il faut souligner les efforts considérables consentis, tant dans l'Étude de Winnipeg que dans l'EMDQF pour déborder du cadre des données systématiquement mesurables et faire intervenir dans l'analyse des impressions, des sentiments et des perceptions recueillis par les chercheurs lors de la collecte des données dans les tribunaux et des entrevues avec les clients, les avocats, les juges et les médiateurs. La partie suivante de ce rapport, qui évoque certaines questions de processus, est fondée tant sur les données quantitatives de la recherche que sur ces sources plus qualitatives.

Partie III : Questions de processus

La médiation en matière de divorce au Canada

La notion et l'utilisation de la médiation en tant que moyen de régler les différends a une longue histoire.[13] Cependant, son application aux conflits conjugaux ne remonte pas à plus d'une dizaine d'années. Au Canada, ce domaine est encore nouveau et en pleine évolution et il fait l'objet de certains débats, notamment sur sa méthode, sa portée, ses objectifs et les qualifications requises pour pouvoir être médiateur en matière de divorce.[14]

Au cours des dernières années, la médiation en matière de divorce a éclipsé les anciennes notions de thérapie familiale et conjugale. Cependant, de nombreux intervenants dans ce domaine s'appellent encore des conseillers; de plus, il est évident que beaucoup ne font pas nettement la différence entre les conseils thérapeutiques et la médiation en matière de divorce.[15] Ainsi, les discussions et les exposés présentés lors des conférences auxquelles nous avons assisté laissent entendre qu'il s'agit d'un groupe encore en passe d'accéder à un statut professionnel.

Accession à un statut professionnel de la médiation en matière de divorce

Une des premières étapes de ce processus — la formation d'une association — a déjà été franchie à l'échelon national et à l'échelon provincial. Ensuite, ces associations nouvellement formées ont créé depuis peu des codes d'éthique « régissant les relations des médiateurs en matière familiale avec leurs clients, leurs collègues et le grand public. »[16] Ces codes ont tenté de définir la médiation en matière de divorce et la place qu'elle occupe dans le système judiciaire. Cependant, une profession se distingue d'une occupation par les conditions d'admission et la compétence de ses membres.

La question de savoir s'il serait bon, actuellement, de tenter d'établir les qualifications et l'expérience requises pour s'intituler médiateur en matière de divorce et de litiges familiaux est encore controversée. D'une part, il est facile de comprendre qu'actuellement tout le monde peut se dire médiateur en matière de divorce. D'autre part, dans ce domaine relativement nouveau, l'opinion générale semble être qu'il est prématuré de vouloir fixer des normes de qualification minimale pour les médiateurs.

Il y a au moins deux raisons à cela. Tout d'abord, il est évident pour le moment que la plupart de ceux qui offrent des services de médiation, ou que ce domaine intéresse, y sont venus par des voies diverses, volontairement ou par hasard. Ils ont reçu une formation spécifique en médiation en suivant des ateliers présentés par des personnes qui ont rédigé ce que Kressel (1985) appelle des manuels à l'intention des autodidactes se destinant à cette spécialisation.

La deuxième raison est que la médiation en matière de divorce, principalement élaborée aux États-Unis, a des racines dans deux domaines bien distincts et dont l'orientation est également très différente. La thérapie familiale et conjugale a prédominé bien entendu, ce qui fait que la plupart des médiateurs provenant de cette branche ont reçu une formation professionnelle en santé mentale et sont donc portés à utiliser la consultation et les méthodes thérapeutiques. Au fur et à mesure que les avocats ont commencé à s'intéresser à la médiation, ils ont eu tendance à adopter des méthodes mieux structurées et orientées vers des buts; ce qu'on a appellé

« approche alternative en vue d'un règlement des litiges ». Ce procédé est fondé sur la même théorie et la même stratégie que la médiation en matière de conflit de travail.[17] Le caractère « affectif » des tâches des travailleurs sociaux fait place à des méthodes qui font abstraction des sentiments et qui portent sur les questions fondamentales: qui obtient la garde des enfants, comment les biens sont partagés, qui paie quoi, à qui et pendant combien de temps. Coogler (1978), qui a formé près de la moitié des médiateurs américains (Pearson *et al.* 1983), était convaincu de la nécessité d'établir un partage des tâches entre ceux qui aident les conjoints à parvenir à un règlement et ceux qui les aident à faire face aux problèmes affectifs qui caractérisent cette période.

Jusqu'à présent cependant, la médiation en matière de divorce renaît au Canada tel un phénix, des cendres du domaine plus traditionnel des services de thérapie familiale et conjugale. Ainsi, nombre de ceux qui, il y a quelques années, se considéraient comme des thérapeutes conjugaux se disent maintenant médiateurs en matière de divorce. Cependant, comme il ressort des observations dans les quatre services inclus dans cette étude, bien que tous se soient inspirés des ouvrages publiés récemment sur la médiation en matière de divorce et qu'ils aient été influencés par eux, peu sinon aucun n'ont renoncé à la notion qu'ils avaient de la conciliation et des thérapies conjugales. Il y a tout lieu de croire que c'est généralement le cas des médiateurs en matière de divorce au Canada. En effet, Howard Irving (1980) qui a formé de nombreux médiateurs canadiens et qui, par ses exposés et ses écrits, a eu une influence prépondérante dans ce domaine au Canada, croit encore que la médiation en matière de divorce doit s'occuper et des aspects affectifs et des aspects pratiques de la rupture.

Les avocats canadiens n'ayant jusqu'à présent montré que peu d'intérêt à l'égard de la pratique de la médiation, le changement de terminologie semble davantage lié à la communication qu'à un changement des objectifs. En effet, tout le monde s'entend aujourd'hui pour trouver trop confus le concept de thérapie familiale et conjugale. Même s'il est théoriquement possible de concevoir un continuum entre la réconciliation — faire durer le mariage — et les thérapies familiales — parvenir à une entente et mettre fin au mariage — cette nuance est évidemment trop subtile pour ceux qui ne connaissent pas bien ce domaine. Que ce soit pour les clients potentiels ou les juges et les avocats, le terme médiation en matière de divorce semble mieux évoquer les objectifs de cette méthode. De plus, le mot médiation semble davantage plaire aux responsables des tribunaux et aux avocats; il est compréhensible et courant dans les autres types de litiges.

Enfin, dans le cadre du tribunal, la médiation en matière de divorce peut sembler plus attirante car elle offre des résultats tangibles et sa durée est déterminée. De son côté, la durée de la consultation n'est pas toujours aussi fixe, ses objectifs sont parfois vagues et confus et la réussite est en général plus dans l'esprit du conseiller et de la personne conseillée. En résumé, dans un système juridique dont les causes, à l'exception des plus contrariantes, ont un début et une fin, il est beaucoup plus aisé de vanter la médiation que la thérapie familiale et conjugale.

La médiation en matière de divorce rattachée aux tribunaux et de pratique privée

Au Canada, la médiation en matière de divorce et la thérapie familiale existent généralement sous forme de services auprès des tribunaux mis gratuitement à la disposition des couples ayant besoin d'aide pour mettre fin à leur union. Cependant, dans certaines communautés, les clients en instance de divorce ou de séparation ont depuis peu la possibilité de faire appel à la pratique privée pour tenter de résoudre

leurs différends. Cette évolution est très récente, c'est pourquoi notre recherche s'est concentrée sur les services de médiation rattachés aux tribunaux.

Aux États-Unis, Pearson, Ring et Milne (1983) ont réalisé une enquête auprès de médiateurs, tant du secteur public que du secteur privé. Les résultats révèlent des différences notables entre les deux groupes. Les médiateurs de pratique privée s'occupent plus souvent en règle générale des questions financières — comme la pension alimentaire ou le partage des biens — en plus de la garde et du droit de visite. Pour leur part, les médiateurs rattachés aux tribunaux sont limités aux deux derniers problèmes. Deuxièmement, et ce n'est pas surprenant, la médiation auprès des tribunaux est moins onéreuse et nécessite un nombre moins élevé de séances. Troisièmement, les clients optant pour la médiation de pratique privée semblent plus fréquemment le faire volontairement que les autres. Ceux qui ont recours à la médiation auprès du tribunal y sont souvent envoyés par ce dernier. Quatrièmement, aucun des groupes n'offrent exclusivement la médiation en matière de divorce et la proportion que prennent les causes de médiation est largement supérieure pour le secteur public que pour le secteur privé. Cela peut signifier que les médiateurs oeuvrant auprès des tribunaux ont plus d'expérience que ceux qui oeuvrent dans le secteur privé. Ce profil indique également que la majorité des médiateurs ont reçu une formation professionnelle en santé mentale mais que ceux qui ont une formation d'avocat travaillent presque tous dans le secteur privé.

Les données canadiennes proviennent de deux sources. La première est le récent *Répertoire des services de médiation et de réconciliation du Canada* du ministère fédéral de la Justice. La seconde est le sondage postal réalisé dans le cadre de l'EMDQF qui posait des questions supplémentaires aux personnes qui figuraient dans l'inventaire et le profil initiaux (Étude de la médiation). Elles révèlent toutes deux des caractéristiques très semblables à celles observées aux États-Unis.

Au cours des dernières années, on a pu constater, tant aux États-Unis qu'au Canada, une forte croissance du nombre de personnes pratiquant la médiation en matière de divorce. Le profil a par exemple permis d'énumérer environ 476 personnes appartenant à 707 organismes, associations, services gouvernementaux ou bureaux privés. Le profil note que 36% des répondants exercent à titre privé, que 28% appartiennent à des organismes communautaires à but non lucratif, que 26% travaillent auprès de tribunaux unifiés de la famille et que 4% appartiennent à divers organismes ou bureaux.

Ce profil révèle également que ceux qui ont répondu au questionnaire ont fait des études universitaires avancées : 71% des médiateurs et 81% des conseillers ont un diplôme d'études universitaires supérieures. Seulement 61% des répondants de l'Étude sur la médiation possèdent un diplôme de second ou de troisième cycle, mais la presque totalité (93%) a au moins un baccalauréat, ès- Arts généralement (76%). Le deuxième grade le plus courant est un diplôme en psychologie (38%), suivi de très près par une matrise en travail social (37%). Tout comme dans l'enquête principale, on peut voir qu'environ 10% des conseillers possèdent un doctorat, là aussi le plus souvent en psychologie (65%).

Il semble cependant que seul un très petit nombre de ces conseillers — si ce n'est aucun d'entre eux — a reçu une formation académique en médiation. Pour ainsi dire, tous ont répondu que leur formation s'était faite sur le tas en suivant des ateliers de courte durée et en lisant des ouvrages sur le sujet. Il n'est donc pas surprenant que moins d'un cinquième des conseillers aient dit préférer une méthode ou un modèle particuliers de médiation. Ils semblent plutôt avoir créé leur propre méthode en s'inspirant parfois de modèles qu'ils ont adaptés selon les circonstances ou les personnalités.

En bref, les données dont nous disposons sur les qualifications des médiateurs nous portent à penser que les craintes de voir le domaine envahi par de nombreuses personnes peu qualifiées et manquant de sérieux sont probablement non fondées. De plus, puisqu'il s'agit d'un secteur très nouveau, peu de médiateurs possèdent une véritable formation dans ce domaine; ceux qui la pratiquent actuellement ont fait de longues études mais n'ont pas souvent reçu une formation poussée en médiation en matière de divorce. Les évaluations des avocats corroborent cette conclusion : 85% des avocats interrogés dans l'EMDQF estiment que les médiateurs en matière de divorce sont compétents dans le domaine de la santé mentale et de la consultation; cependant, 72% d'entre eux affirment qu'ils n'ont pas la compétence voulue pour entrer dans les complexités du droit de la famille.

La médiation en matière de divorce est encore nouvelle; cela explique que les conseillers ayant répondu à l'Étude de la médiation ont dit avoir en moyenne 9,9 ans d'expérience en consultation, mais seulement 5,3 ans d'expérience en médiation. Ces mêmes répondants indiquent qu'environ le cinquième des causes dont ils s'occupent sont des causes de médiation. En moyenne, les répondants ont estimé qu'environ 51% de leurs revenus proviennent de la consultation, de la médiation et des évaluations en matière de garde. On note des différences notables entre les médiateurs rattachés aux tribunaux et ceux qui exercent à titre privé. Les premiers tirent 81% de leurs revenus de ces activités alors que pour les autres, cette proportion n'est que de 26%.

La source de clientèle et le moment auquel le médiateur intervient diffèrent également entre les services de médiation qui relèvent des tribunaux, ceux qui relèvent des services communautaires et ceux qui sont offerts par les médiateurs exerçant à titre privé. Les médiateurs auprès des tribunaux rencontrent les couples à diverses étapes de la rupture, mais plus fréquemment une fois que les époux se sont séparés (47%) et que l'action est instituée ou en instance (26,7%). Il est intéressant de noter qu'environ 11% des clients ont recours à la médiation en matière de divorce après la séparation légale ou le divorce, généralement pour régler des problèmes qui ne l'ont pas été avant ou qui viennent de faire leur apparition au sujet des droits de visite, des ordonnances de garde conjointe ou du partage du rôle parental.

Les médiateurs auprès des tribunaux ont moins souvent de clients qui se demandent encore s'ils doivent mettre fin à leur mariage et pour qui la réconciliation est possible après une rencontre avec un conseiller ou un médiateur. De même, comme c'était prévisible, il leur arrive plus fréquemment de recevoir des couples après le début de l'audience de leur cause ou après le règlement légal de celle-ci.

Les médiateurs qui exercent à titre privé ou au service d'organismes communautaires doivent aux avocats une plus grande proportion de leur clientèle que les médiateurs rattachés aux tribunaux (respectivement 33 et 22%, comparativement à 13%). Quel que soit le groupe, la plus grande partie des clients s'adressent directement aux médiateurs (32%). Outre cette source, les médiateurs rattachés aux tribunaux doivent la majorité de leur clientèle aux procédures d'accueil et aux décisions du tribunal lui-même (respectivement 22 et 18%).[18]

Les médiateurs en matière de divorce estiment que les couples assistent en moyenne à 3,5 séances de médiation mais ce nombre varie selon le type de service. Le nombre moyen de séances est de 2,4 pour les services auprès des tribunaux, de 4,6 chez les médiateurs exerçant à titre privé et de 3,4 dans les services communautaires.

Une autre différence importante entre les services de médiation rattachés aux tribunaux et les autres est que ces derniers mènent à un plus grand nombre de réconciliations (16%, comparativement à à peine plus de 6%). Cela tient sans nul doute au fait que les services privés s'occupent de cas beaucoup plus divers et que la plupart des services rattachés aux tribunaux n'offrent pas officiellement de thérapie familiale et conjugale.

Les médiateurs estiment que le taux global de règlement est d'environ 54% et que dans au moins 17% des autres cas, ils parviennent au moins à clarifier les litiges. Comme nous le verrons plus loin, ces estimations des taux de règlement concordent avec celles qui ont été établies à partir des archives des tribunaux ainsi que l'opinion des clients à l'égard de la « réussite » du processus de médiation. En ce domaine, les différences entre les trois types de services de médiation sont minimes.

Interaction entre les avocats et les médiateurs

Au cours des dix dernières années, les maux dont on a accusé le système du débat contradictoire et la nécessité de trouver des solutions de rechange à cette méthode de règlement des litiges liés à une rupture de mariage, apparemment inappropriée et désastreuse, ont fait couler beaucoup d'encre. La plupart des critiques — que ce soit celles des auteurs attachés à la Commission de réforme du droit ou celles parues dans des ouvrages ou dans des revues — ont souvent été de nature très polémique et non objective. Comme le fait remarquer Kenneth Kressel (1985), il est curieux de constater que ce sont ceux qui cherchent à parvenir à des compromis et à éviter les méthodes antagonistes qui ont, peut-être inévitablement, donné un caractère antagoniste à cette rhétorique en faveur de la médiation et à cette polémique anti-avocats.

Cependant, même si par le passé le processus du débat contradictoire traditionnel a mérité que l'on dénonce ses répercussions désastreuses, la présente recherche nous indique que par suite de l'évolution des principes, ce n'est plus vraiment le cas des attitudes et de la pratique du droit de la famille au Canada. Vers la fin des années 1980, nous croyons qu'il est plus difficile de continuer à prétendre qu'il existe un « conflit gigantesque » entre les médiateurs et les avocats. Par exemple, trois ensembles de questions posées aux avocats et aux médiateurs lors des études supplémentaires de l'EMDQF n'ont pu permettre de dégager de différences notables ou caractéristiques entre les deux groupes de professionnels en ce qui a trait : 1) aux buts des ententes; 2) aux obstacles à l'entente; et 3) aux attitudes à l'égard de la médiation en matière de divorce. Si l'on se base sur ces résultats, il est difficile de ne pas accepter la conclusion de Kressel, à savoir que la médiation est une solution de rechange au règlement des litiges, ni pire ni meilleure que les méthodes traditionnelles de négociation (Kressel, 1985:178).[19] Les deux groupes de professionnels considèrent qu'ils font face aux mêmes obstacles et en conséquence, ont à surmonter les mêmes tensions et les mêmes difficultés. Ainsi, les chercheurs ne doivent sans doute pas s'attendre à ce que les cas prix en charge par les avocats par le biais de la négociation et ceux traités par la médiation en matière de divorce aient des résultats sensiblement différents.

Par ailleurs, les chercheurs qui ont rencontré des avocats dans le cadre de ces deux études ont eu l'impression générale que peu correspondait à l'image que l'on se fait de l'avocat chicaneur qui ne cherche qu'à gagner sa cause et à percevoir des honoraires exorbitants. L'échantillon canadien n'a pas permis non plus d'imiter Kenneth Kressel (1985) qui avait divisé son échantillon américain entre les « conseillers » et les « plaideurs ». Pratiquement tous les avocats que nous avons interrogés sont prêts à plaider et le font si nécessaire, mais la grande majorité d'entre eux préfèrent négocier une entente car ils croient que les gens sont plus satisfaits d'un règlement obtenu par négociation et qu'ils en respectent mieux les termes que si le règlement est imposé par le tribunal. Certains avocats nous ont également fait remarquer que, dans la plupart des litiges familiaux, les avocats n'ont aucun intérêt financier à faire appel aux tribunaux parce qu'ils ne peuvent pas réclamer à leurs clients des

honoraires correspondant au temps qu'ils leur ont consacré, ou qu'ils ont du mal à se faire payer. La plupart d'entre eux préfèreraient avoir un grand nombre de causes simples et non contestées plutôt qu'un faible nombre de cas de garde contestée.

Certains ont également fait remarquer qu'il est souvent difficile de prévoir les résultats d'une action contestée et qu'il est préférable de recourir, dans la mesure du possible, à la négociation entre parties. D'autres ont déclaré que même lorsque le client veut se lancer dans des contestations, ils ne peuvent pas toujours céder à sa demande: en effet, ils ne verront ce client qu'une fois alors qu'ils traitent régulièrement avec l'avocat de la partie adverse.[20] Par ailleurs, il semble que les avocats que nous avons interrogés ne sont que fort peu tentés de pratiquer eux-mêmes la médiation. Même si, dans chacun des quatre territoires d'enquête, certains avocats ont suivi une formation en médiation ou ont l'intention de le faire, l'intérêt qu'ils manifestent à cet égard est loin d'égaler celui enregistré lors de conférences et ailleurs.

Les avocats que nous avons interrogés ne sont pas non plus catégoriquement hostiles à la médiation en matière de divorce et ne semblent pas se soucier particulièrement des répercussions qu'elle peut avoir sur les droits de la personne, sur le rôle qu'ils jouent en droit de la famille ou sur leurs revenus. En fait, nombre d'entre eux ont avancé des arguments en sa faveur et certains ont dit qu'ils conseillaient à leurs clients d'y recourir pour régler leurs litiges. Il ressort toutefois de l'étude des archives des tribunaux et de nos rencontres avec les médiateurs, que le nombre réel de cas que les avocats leur adressent est très minime: dans nos les territoires d'enquête de l'EMDQF, environ 12% des cas ont été adressés directement par des avocats aux services rattachés aux tribunaux. En outre, les résultats du questionnaire expédié par la poste montrent que si environ 85% des avocats font connatre à leur client l'existence de la médiation, ils ne leur recommandent fortement d'y recourir que dans 10,4% des cas.[21]

Nous constatons que 91% des avocats interrogés savent que leur collectivité dispense des services de médiation et, comme nous l'avons dit plus haut, environ 85% déclarent informer leurs clients de l'existence de ces services.[22] Cependant, à la question qui leur a été posée et qui visait à savoir s'ils sont plus portés à conseiller à leurs clients de recourir aux conseils personnels ou à la médiation, 29% ont dit préférer les premiers, 23% la seconde et 42% ont dit ne pas avoir de préférence. À Winnipeg, les avocats qui conseillent à leurs clients l'un des services de la communauté ne semblent pas faire nettement la différence entre ceux qui offrent la médiation et ceux qui se contentent d'offir des conseils matrimoniaux et un soutien affectif aux personnes dont le mariage prend fin. Les deux ensembles de données indiquent donc qu'il règne une certaine confusion parmi les praticiens du droit en ce qui a trait à la signification et aux objectifs de la médiation en matière de divorce.

Alors que 75% des avocats confieraient les litiges insolubles à un médiateur en matière de divorce, seulement 3% le feraient si le client éprouve de graves ennuis affectifs. Environ 40% ne confieraient pas à un médiateur les cas d'hostilité extrême et environ 30% feraient de même en cas de problème de violence envers l'épouse ou l'enfant. Un groupe plus important représentant 47% des avocats ne confieraient pas le cas à la médiation s'ils perçoivent un déséquilibre de pouvoir entre les conjoints ou si le client n'est pas émotivement adapté à la rupture.

Comme pour les médiateurs, les avocats ne s'entendent pas sur le niveau adéquat de leur intervention ni sur le moment où celle-ci doit avoir lieu: 60% d'entre eux pensent qu'ils devraient intervenir à toutes les étapes tandis que 10% voudraient que leur rôle se cantonne à l'étude de l'entente finale. Quoi qu'il en soit, 88% des avocats pensent aussi qu'ils devraient poursuivre les procédures judiciaires pendant la médiation. Il est également intéressant de noter que 31% des avocats sont en faveur de la médiation obligatoire lorsque la garde et le droit de visite font l'objet de contestations et 50% ont fourni des réponses permettant de penser, par exemple, qu'il

devrait être fait plus grand usage des évaluations de garde et des entrevues dans le cadre des auditions de toutes les parties en conflit. Enfin, seulement 11% sont catégoriquement opposés à la médiation obligatoire.

Compte tenu des craintes que l'on prête à la profession légale au sujet de la médiation dans les domaines financier, mobilier et immobilier, il est également intéressant de noter que 70% des avocats interrogés et sondés pensent que les médiateurs devraient s'occuper de la garde, du droit de visite et de la pension alimentaire tandis que 14% seulement pensent qu'ils ne devraient s'occuper que des deux premiers problèmes. Moins de 1% croient que les médiateurs devraient s'occuper des biens et environ 15% sont sans opinion ou ne veulent pas se prononcer sur cette question.

Les quatre modèles

Comme nous l'avons déjà dit, les tribunaux et les services de médiation de Saskatoon, Winnipeg, Montréal et Saint-Jean, Terre-Neuve constituent le champ de la recherche. Les résultats fournis par l'observation directe et l'étude de ces quatre services sont, dans l'ensemble, conformes à ceux qui ont été générés par l'étude sur les médiateurs en matière de divorce et les avocats exerçant dans le domaine du droit de la famille. Cependant, cette partie de la recherche permet une représentation plus complète de ces services spécifiques, de leurs caractéristiques communes et de leurs différences.[23] Dans les paragraphes suivants, nous décrivons sommairement les quatre services rattachés aux tribunaux et les comparons aux niveaux suivants: organisation, ampleur des activités, portée de la médiation, traitement des causes, et méthodes de médiation utilisées.

Aperçu

D'emblée, il faut mentionner que si, à l'origine, l'étude devait porter sur un certain nombre de modèles différents de médiation en matière de divorce utilisés dans des environnements différents, les nombreux recoupements existant entre eux à différents niveaux ont empêché de considérer ces quatre approches comme des modèles analytiquement et empiriquement distincts les uns des autres. En d'autres termes, les modèles de médiation en matière de divorce auprès des tribunaux ont plus de points communs que de différences. Ainsi, au niveau de l'ampleur des activités, des services offerts, de l'histoire et de la philosophie, les services de Saskatoon et de Saint-Jean sont très semblables. Composantes nouvelles et innovatrices de projets-pilotes des tribunaux unifiés de la famille, les deux services datent de la fin des années 1970. Ils ont tous deux été conçus comme les branches sociales de leurs tribunaux respectifs offrant, entre autres services, ce qui était alors appelé la thérapie familiale et conjugale. Ils desservent des juridictions de tailles similaires, peu différentes quant à la situation économique de leurs clients qui sont nombreux à choisir de se séparer en vertu de la loi provinciale plutôt que suivant le dispositif plus onéreux de la loi fédérale.

Comme pour les deux services précédents et bien que la juridiction du tribunal soit plus importante, le service de consultation en matière de conciliation de Winnipeg est aussi concurrencé par d'autres services : l'entrevue initiale, la prestation d'information, la consultation à court terme et surtout, les évaluations ou enquêtes ordonnées par le tribunal. De plus, pour ces trois services, la médiation est limitée aux questions relatives à la garde et au droit de visite. Cependant, le

tribunal de Winnipeg se distingue des autres par la pratique d'une médiation quasi-obligatoire : en effet, les juges réfèrent à la médiation la plupart des causes relatives à la garde et au droit de visite qui leur sont présentées.[24]

Le Service de médiation à la famille du tribunal de Montréal se démarque nettement des trois autres services étudiés. Outre sa taille et celle du tribunal, il a pour caractéristique particulière que la médiation traite tant les litiges concernant la pension alimentaire et le partage des biens que les causes relatives à la garde et au droit de visite. La présence d'un avocat-conseil, une autre de ses particularités, permet d'offrir une médiation « globale », d'une plus grande portée. De plus, comme il y existe un service parallèle responsable des enquêtes et évaluations relatives à la garde des enfants ainsi qu'une personne préposée exclusivement à l'accueil et à l'information, le service peut se consacrer entièrement à la médiation. Cette spécialisation a permis l'élaboration d'une méthode de médiation mieux structurée et plus uniforme que cela semble être le cas dans les trois autres territoires d'enquête. Nous verrons dans les paragraphes suivants certaines observations additionnelles sur la structure et le processus de médiation des services de ces quatre tribunaux.

Organisation

Les tailles des quatres services correspondent peu à celles des tribunaux et de leur juridiction. À Montréal, où le tribunal dessert environ un dixième de la population du Canada, il y a sept médiateurs (plus un coordonnateur et un préposé à l'accueil). De son côté le service de Winnipeg, dont le territoire est nettement moins étendu, emploie neuf travailleurs sociaux (plus un directeur). Au moment de cette recherche, les branches sociales des deux tribunaux de moindre importance comptaient quatre conseillers et un coordonnateur (Saskatoon), et deux postes et demi (Saint-Jean, Terre-Neuve). Sur le plan purement statistique, ce résultat signifie que les couples qui se séparent ou divorcent à Montréal ont moins accès au service de médiation du tribunal que ceux des trois autres lieux d'enquête. Ceci est cependant compensé par le fait que seule une partie du temps des consultants des trois plus petits services est consacrée à la médiation en matière de divorce, alors qu'à Montréal les médiateurs consacrent la plus grande partie de leur temps à cette activité. De toute manière, rien ne démontre que les services de médiation de Montréal ne suffisent pas à la demande ni que l'attente pour obtenir un rendez-vous est exagérée.

Dans tous les territoires d'enquête, les branches sociales occupent les mêmes lieux que les tribunaux de la famille et les services qu'elles offrent sont gratuits pour les individus et les couples résidant sur le territoire relevant de l'autorité du tribunal. Lors de l'implantation des projets-pilotes de tribunaux unifiés de la famille, la prise en charge de la branche sociale par un ministère provincial donna lieu à une controverse car il fallut choisir entre celui de la Justice et celui des Services sociaux. Confier cette responsabilité au ministère de la Justice intégrait la notion innovatrice de la branche sociale aux tribunaux de la famille. D'autre part, rattacher ces services au ministère des Services sociaux conduisait à une plus grande autonomie de la branche sociale qui devenait l'égale des branches juridiques et judiciaires du tribunal. Deux des quatre lieux de recherche adoptèrent la décision de confier la branche sociale à l'autorité du ministère de la justice. Une évaluation ultérieure des quatre projets a démontré que la branche sociale fonctionne généralement mieux au sein du tribunal lorsqu'elle est administrée et soutenue par le ministère des Services sociaux (Ministère de la Justice Canada, 1983).

À l'exception de Saint-Jean, Terre Neuve, les services étudiés ici sont sous la responsabilité de ministères provinciaux de services sociaux ou communautaires. Ils semblent donc indépendants du tribunal et relativement autonomes. Ainsi, le

Service de médiation à la famille de Montréal estime que ses objectifs quotidiens sont en fin de compte déterminés par sa clientèle. De même, à Saskatoon, la branche sociale a été conçue à dessein comme une entité distincte du tribunal, plutôt que comme une dépendance et, en pratique, les branches juridiques et sociales fonctionnent comme des unités relativement autonomes. C'est également le cas à Winnipeg où le service a une indépendance considérable en ce qui a trait à l'établissement de sa ligne d'action. En revanche, au moment de la présente recherche, le personnel de la branche sociale de Saint-Jean semblait avoir peu de pouvoir de décision sur ses priorités et son fonctionnement. Du coup, la médiation passait généralement au deuxième plan, après d'autres services à plus court terme comme l'entrevue initiale, la diffusion d'information et la consultation à court terme.

Les services et la portée de la médiation

Dans tous les lieux de recherche, à l'exception de Montréal où il existe un service distinct, les conseillers agissant comme médiateurs sont aussi tenus de préparer régulièrement les évaluations ou enquêtes (suivant le terme employé) sur la garde des enfants. Celles-ci peuvent exiger 40 heures de préparation, accaparant les conseillers qui sont par conséquent moins disponibles pour la consultation et la médiation. La plupart des médiateurs estiment que les enquêtes sur la garde des enfants constituent des « méthodes de dernier recours » et les perçoivent comme l'aspect le plus pénible et le moins gratifiant de leur travail. D'une part, elles les détournent de la consultation et de la médiation et d'autre part, elles les obligent à comparatre en cour et à subir des contre-interrogatoires. De plus, lorsqu'ils préparent une évaluation de garde et font des recommandations implicites ou explicites quant aux intérêts des enfants, les conseillers doivent abandonner le rôle de tierce-partie neutre et le principe de non-intervention qui sont inhérents à leur orientation et à leur formation.

Outre ces questions de principes et de durée des enquêtes, l'association dans le même service de la consultation, de la médiation et des évaluations relatives à la garde des enfants pose un problème supplémentaire : pour des raisons d'éthique professionnelle, les conseillers agissant comme médiateurs ne peuvent mener une enquête sur la garde ordonnée par le tribunal. En effet, dans tous les services, la médiation est « fermée », c'est-à-dire que ce qui a été dit et écrit lors d'une séance de médiation est confidentiel et ne peut être utilisé en cour ou ailleurs sans l'accord des deux parties. Sur ce point, Saskatoon fait peut-être exception puisque si la consultation, considérée comme un processus distinct, est confidentielle; l'information rassemblée au cours des séances de médiation est théoriquement à la disposition du tribunal autant qu'une enquête sur la garde. Néanmoins, là-encore, la politique du service de Saskatoon prévoit qu'un conseiller ne peut fournir qu'un seul type de service à un client ou un couple; ainsi, en pratique, la médiation y est aussi « fermée ».

Traitement des causes

Des observations faites dans les lieux d'enquête indiquent que les conseillers ou les médiateurs, selon la dénomination employée, conçoivent le processus de médiation comme une séquence d'étapes bien distinctes. Le service de Montréal est le mieux structuré. Au cours de la première étape, le médiateur évalue la bonne volonté du couple à participer à la médiation et identifie avec lui les principaux points à négocier. La définition de ces points se fait donc conjointement par le couple et le médiateur. Ce dernier explique les règles de fonctionnement du processus de médiation et établit un contrat entre le Service et les clients.

La deuxième phase de la médiation se concentre sur les besoins des enfants et la négociation des dispositions matérielles les concernant. Cette phase est consacrée principalement à la garde et au droit de visite ainsi qu'aux décisions à prendre dans le meilleur intérêt des enfants. Puisque, comme nous l'avons dit, le service de Montréal a autorité sur tous les aspects de la rupture du mariage, la troisième phase est dédiée à la recherche d'un accord sur la pension alimentaire et le partage des biens ainsi qu'à rédiger l'entente de principe avec l'aide de l'avocat-conseil.

Même si le service de Winnipeg est limité à la médiation de la garde et du droit de visite, les étapes n'en sont pas très différentes. La prise de contact avec le client est décrite par tous les conseillers comme un processus plus interactif que didactique. Autrement dit, il s'agit d'évaluer la situation initiale du client et de l'informer sur la médiation en matière de divorce et des avantages qu'il pourrait avoir à recourir à ce moyen pour mettre fin à son mariage. La plupart des conseillers reconnaissent que le moment d'intervention de la médiation est extrêmement important. La majorité d'entre eux est convaincue que la médiation peut être utile à toutes les étapes, ils sont unanimes à dire qu'il est plus difficile de traiter par la médiation un accord pendant les toutes premières étapes de la séparation, alors que les émotions sont encore très intenses et pendant les dernières étapes, si l'une ou même les deux parties privilégient le processus judiciaire pour atteindre ses objectifs. Une fois que l'on s'est assuré que la cause convient à la médiation, la deuxième étape est consacrée à la garde des enfants et au droit de visite proprement dits.

La médiation est aussi considérée comme un processus en plusieurs étapes à Saskatoon. Néanmoins, les conseillers commencent par déterminer s'ils ont affaire à un cas de consultation, de médiation ou de réconciliation. En général, lorsqu'un client s'adresse au tribunal pour obtenir des renseignements sur la pension alimentaire et la garde des enfants, il ou elle est invité(e) à amener l'autre conjoint(e) à une séance de consultation et, éventuellement, de médiation pour les questions fondamentales que sont la garde et le droit de visite. Autrement dit, alors que dans certains services le conseiller écrit ou téléphone à l'autre conjoint pour lui expliquer le but du service et lui suggérer un rendez-vous, la politique du service de Saskatoon consiste surtout à réagir plutôt qu'à agir. Selon le coordonnateur, si les individus ne peuvent communiquer suffisamment entre eux pour convenir d'une séance conjointe, ce n'est pas la peine d'essayer la médiation.

Mais lorsque le couple s'adresse lui-même au tribunal, le coordonnateur organise une entrevue préliminaire pour évaluer les besoins et les attentes du couple. S'il juge qu'il s'agit d'un cas de consultation matrimoniale, c'est-à-dire de réconciliation, il envoie le couple à une agence privée ou publique indépendante du tribunal. En effet, la politique du tribunal unifié de la famille ne prévoit pas la consultation en matière de réconciliation parmi ses services de base.

Cette première séance offre donc trois issues possibles : a) le couple a besoin de consultation matrimoniale et est envoyé à un service extérieur au système; b) le couple est indécis et il est donc inscrit à une séance de consultation en matière de séparation; c) le couple est décidé à mettre fin à son mariage et il est inscrit à une séance de médiation. D'autre part, la consultation en matière de séparation peut avoir deux conséquences : le couple souhaite tenter de sauver son mariage ou au contraire d'y mettre fin. Dans ce dernier cas, la médiation suit son cours. Dans le premier cas, les consultants peuvent fournir quelques conseils visant essentiellement la réconciliation.[25]

Les clients qui font appel aux services de médiation et/ou de consultation auprès des tribunaux ont des besoins et des problèmes très variables. Certains ont besoin d'information et de conseils, d'autres font appel à la consultation et d'autres encore, constatant l'échec de leur mariage, veulent essayer la médiation. Face à ces attentes diverses, les conseillers et les médiateurs dans chacun de ces quatre tribunaux, sont

estés relativement éclectiques dans le choix des méthodes, élaborant et utilisant ne grande variété d'outils et de modèles de médiation et de consultation adaptés à situation à laquelle ils sont confrontés.

Chaque intervenant a sa propre manière d'utiliser ces outils et ces méthodes et eu semblent fidèles à un modèle précis de médiation, quoiqu'ils aient des préférenes. Ainsi, les médiateurs à Montréal semblent avoir été plus fortement influencés ar Haynes (1981), alors qu'à Saskatoon et à Winnipeg, beaucoup ont mentionné aposnek (1983). Du fait des ateliers qu'il y a animés, Howard Irving (1980) a probalement eu une influence prépondérante à Saint-Jean, Terre- Neuve, bien que les onseillers de l'endroit aient certainement subi aussi l'influence de livres et d'articles es principaux experts américains sur la médiation en matière de divorce.

Par ailleurs, si les observations dans les tribunaux montrent que la plupart des onseillers peuvent, selon les besoins de leurs clients, passer du mode de la consultaon à celui de la médiation, les méthodes qu'ils préconisent et qu'ils utilisent plus ouramment sont très diverses, variant du relativement structuré et pratique au elativement non-structuré et thérapeutique. Ainsi, un conseiller de Saskatoon fait ouvent faire à ses clients des exercices ou des tâches pour les sensibiliser aux spects de la séparation ou du divorce, qu'ils discuteront au cours des séances suiantes. A Winnipeg par ailleurs, un conseiller qualifie son style de médiation d'objecf et pratique, ordinairement capable d'éviter les effusions d'émotions alors que 'autres qualifient leur approche de relativement « thérapeutique » et privilégient s « outils de communication ». Même à Montréal où la médiation est relativement tructurée, le style et les attitudes de chaque médiateur introduisent dans le système es variantes aux modèles établis.

Profil des clients ayant et n'ayant pas recours à la médiation

Un élément important de l'évaluation consiste à savoir qui utilise et qui n'utise pas les services de médiation en matière de divorce. Il est évident que ceux qui ritiquent les évaluations de la médiation soulèvent souvent la question de la sélecon autonome. Autrement dit, ceux qui choisissent volontairement de régler leurs ifférends au moyen de la médiation sont-ils différents de ceux qui ne recourent pas cette méthode ? Les données de l'EMDQF ont permis d'étudier assez précisément ette question. Les résultats concordent avec ceux de la plupart des études sur la iédiation en matière de divorce (Pearson et Thoennes, 1982; Kelly, 1987).

Dans l'ensemble, ceux qui ont eu recours à la médiation ont un revenu légèreient supérieur, un niveau d'études plus élevé et ce sont plus souvent des travailurs non manuels. La différence de revenu entre les personnes qui ont recours à la iédiation et celles qui n'y ont pas recours est assez mince, environ 100 $ par mois our les femmes et 207 $ pour les hommes. Cependant, les premiers ont presque eux fois plus de chance de gagner plus de 20 000 $ par an que les autres (43,4% ntre 24%). De même, environ 55% des clients de la médiation ont fait des études ost-secondaires, comparativement à environ 40% des autres. Enfin, 49% des ients ayant eu recours à la médiation sont des travailleurs non manuels et 26% entre eux sont des professionnels. Ces chiffres sont respectivement de 29 et 10% ns le cas de ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation.

L'un des arguments les plus fréquemment utilisés contre la médiation en atière de divorce est le fait que les couples qui optent pour cette méthode sont souent les plus modérés et les moins hostiles. Bien sûr, certains prétendent le conaire : ce sont les médiateurs qui font face aux cas les plus délicats. Les données des chives des tribunaux et des conversations avec les clients laissent entendre que

ces deux arguments sont sans doute exagérés. Les couples qui optent pour la médiation ont plus de chance d'utiliser des motifs et les questions contentieuses sont plus nombreuses que chez les autres couples, mais la différence n'est pas grande. Ainsi, il semble que tant les médiateurs que les avocats ont à traiter des cas très divers : les deux groupes obiennent une part égale des causes « faciles » et des causes « difficiles ».

L'analyse des motivations du recours à la médiation donne des précisions supplémentaires sur les types de causes traitées par les médiateurs. Les données de l'EMDQF et de l'Étude de Winnipeg permettent de diviser en trois catégories les personnes qui ont eu recours à la médiation. D'abord, il y a les couples qui sont parvenus à un accord et qui désirent simplement en revoir les dispositions afin de les légaliser. Ils ont surtout fait appel à la médiation pour s'informer du processus judiciaire et pour s'assurer que l'accord est dans l'intérêt des enfants. En d'autres termes, certains couples ont recours à la médiation pour avoir l'opinion d'un expert et s'assurer que ce qu'ils proposent est juste et équitable et ne nuira pas aux enfants.

La deuxième catégorie comprend les couples qui désirent parvenir à un accord sur les questions posées par la rupture de leur mariage mais craignent d'essayer de les régler directement entre eux. Bien qu'ils ne soient pas encore hostiles ou en désaccord, certains redoutent que les choses ne dégénèrent en conflits s'ils essaient de les régler eux-mêmes. On trouve également dans ce groupe ceux qui craignent que les avocats n'enveniment la situation en exacerbant les conflits. Enfin, la troisième catégorie est celle des couples qui ne s'entendent pas sur une ou plusieurs questions et qui, en dernier recours, désirent l'aide d'un tiers neutre pour résoudre leurs différends et parvenir à une entente.

On remarque aussi que la plupart des clients ne font pas toujours bien la distinction entre la consultation et la médiation. Certains ont déclaré avoir eu recours à un ou l'autre pour traverser la dure période de la rupture de leur mariage, pour essayer d'atténuer l'hostilité qui régnait entre eux et, selon les termes de plusieurs, pour atténuer le conflit dans l'intérêt des enfants. Ainsi, dans l'EMDQF, environ 40% des femmes et 20% des hommes ont eu recours à la médiation dans l'espoir de recevoir un soutien affectif; dans l'Étude de Winnipeg, environ un cinquième des répondants ont déclaré que l'une des raisons d'avoir recouru à la médiation était le « besoin de parler ».

Perceptions des clients

Le degré de satisfaction des clients à l'égard de la médiation observé dans ces deux études concorde avec les résultats obtenus lors d'évaluations antérieures. En effet, 80 à 90% des répondants ont estimé que le médiateur était juste, qu'il comprenait leur situation, qu'il était amical et accessible, qu'il leur avait permis d'exprimer leurs préoccupations et leurs sentiments et enfin, qu'il leur avait clairement exposé les différents choix possibles. Moins de 15% des répondants se sont sentis pressés d'accepter un accord avant de se sentir prêt. La plupart des clients interrogés recommanderaient la médiation à un ami dans la même situation.

Il convient également de noter que pour la plupart, tant ceux qui ont eu recours à la médiation que ceux qui n'y ont pas eu recours étaient satisfaits aussi de leur avocat. 80% des hommes et 88% des femmes interrogés dans le cadre de l'EMDQF l'ont trouvé serviable, compréhensif, et réceptif à leurs besoins. Personne ne semble cependant persuadé que l'avocat ait valu la dépense consentie : seulement 51% des femmes et 44% des hommes estiment en avoir eu pour leur argent. Rappelons que les services de médiation auprès des tribunaux que nous étudions ici sont gratuits.

l est possible que, s'ils avaient dû payer pour ces services de médiation, un nombre omparable de clients auraient déclaré qu'ils n'en avaient pas eu pour leur argent et, etrospectivement, qu'ils auraient pu régler les choses eux-mêmes.

Nous remarquons ici que ceux qui n'étaient pas satisfaits de leur avocat étaient xtrêmement insatisfaits. Ils étaient amers et très en colère et ont raconté en détail la manière dont ils ont été traités ou la manière dont les actions de l'avocat (ou plus fréquemment l'absence d'action) avait envenimé une situation déjà difficile et tendue. Par contre, ceux qui ont exprimé leur mécontentement à l'égard de la médiation en matière de divorce ont été beaucoup moins véhéments. À nouveau toutefois, la plupart des gens semblaient satisfaits de leur représentation légale; l'évaluation de l'avocat ne variait pas selon que les gens avaient eu ou non recours à la médiation. Autrement dit, les données ne semblent pas indiquer que le fait d'avoir eu recours ou non à la médiation a eu un effet notable sur l'opinion des répondants à l'égard de leur représentation légale.

Taux de règlement

Avant de passer aux résultats de la médiation en matière de divorce et en conclusion de ce qui précède, il convient de voir dans quelle mesure la médiation facilite les ententes. Bien que cette question semble avoir beaucoup de sens dans un rapport consacré à l'étude de la médiation en matière de divorce, la notion de « succès » s'est avérée difficile à définir. Les médiateurs, et apparemment les clients, ont tendance à penser que les résultats de la médiation se situent entre l'obtention d'une entente complète et pas d'entente du tout. Entre les deux, on trouve des résultats moins clairement définis, par exemple l'entente partielle et la réduction du nombre ou de la gravité des litiges. En outre, il est toujours possible que, comme le disent les médiateurs en plaisantant, la médiation échoue parce que le couple a décidé de se réconcilier.

Les données de l'EMDQF tirées de l'Analyse des archives des tribunaux révèlent que les parties ne parviennent à une entente complète que dans la moitié des cas (49%). Si on ajoute ceux qui sont parvenus à un règlement partiel, on peut conclure que la médiation est fructueuse dans 64% des cas. Si on exclut les 6% de cas où la médiation aboutit à une réconciliation, les parties sont parvenues à une entente complète dans 53% des cas et à une entente partielle ou complète dans un tout petit peu plus que 68% des cas. On peut aussi dire que la médiation a complètement échoué dans environ 25% des cas, soit parce que les ex-époux n'ont pu s'entendre, soit parce que l'un d'eux a cessé de participer aux séances de médiation. Des analyses distinctes dans chacun des trois territoires d'enquête révèlent une similitude intéressante de la probabilité qu'il y ait un règlement total ou une entente partielle.

Les clients interrogés dans le cadre de l'EMDQF ont une opinion quelque peu différente sur les résultats de la médiation et en général plus optimiste. Seulement 38% de ceux que nous avons interrogés ont déclaré être parvenus à une entente complète grâce à la médiation. Une autre tranche de 20% est parvenue à une entente sur certains points ou à une entente partielle. Cela revient à dire que 28% des clients ne sont pas parvenus à une entente, chiffre confirmé par le fait qu'environ 34% des causes ayant fait l'objet d'une médiation ont été déclarées par les clients comme étant devenues des actions contentieuses.

Comme pour l'EMDQF, les enquêteurs de Winnipeg ont découvert que des sources différentes produisent des estimations différentes des taux de règlement. Les médiateurs estiment qu'une entente complète ou partielle est obtenue dans 65% des cas alors que les clients estiment que ce chiffre n'est que de 46%. Les enquêteurs

supposent que les différences proviennent de la période qui s'écoule entre la fin de la médiation et la rencontre qui suit. Ce qui apparaissait comme une entente a pu entretemps tomber à l'eau.

Nous vous avons présenté dans cette partie un bref exposé de la médiation en matière de divorce telle qu'elle existe actuellement au Canada et dans les quatre services que nous avons étudiés et observés. Cependant, les questions-clés de cette recherche portent sur le résultat et les répercussions sociales ainsi que sur les conséquences attendues et inattendues de la médiation en matière de divorce. C'est pourquoi l'une des tâches fondamentales est de comparer des couples qui ont divorcé en utilisant ces services gratuits auprès des tribunaux avec des couples ayant préféré le processus traditionnel. Dans la partie suivante de ce rapport, nous comparons les résultats attendus et inattendus pour ces deux groupes.

Partie IV : Répercussions de la médiation en matière de divorce

Avant-propos

Cette partie présente un aperçu des résultats liés aux questions de résultat et de répercussions sociales exposées à la deuxième partie. L'évaluation du processus est surtout descriptive mais celle des résultats et dans une large mesure des répercussions sociales, est fondée sur une certaine vérification d'hypothèses par approximation. Nous comparons ici les résultats des causes qui sont passées devant la médiation et les résultats de celles qui n'ont pas eu recours à cette méthode. Comme nous l'avons vu cependant, à Winnipeg, aucun groupe de comparaison n'était disponible. Ainsi, dans la présente section, les données de l'Étude de Winnipeg trouvent leur utilité en étant comparées avec les résultats obtenus dans les trois autres lieux d'enquête. Dans les sections qui suivent, nous évaluons la médiation en matière de divorce pour ce qui est de ses répercussions sur les clients, sur le rôle parental, sur le système et le processus judiciaire, sur les avocats et enfin sur le droit de la famille en général. Nous débutons par les répercussions économiques de la médiation en matière de divorce.

Répercussions sur les clients

La médiation et les ordonnances alimentaires

L'un des objectifs de l'Étude sur la médiation des divorces et des questions familiales (EMDQF) était de recueillir des données sur les difficultés économiques qui suivent la rupture du mariage, sur le rôle que jouent les ordonnances alimentaires pour atténuer ces difficultés, ainsi que sur le respect des ordonnances alimentaires. Même si le statut de la femme a beaucoup changé, les études sur le revenu des hommes et des femmes révèlent en général une tendance stable : le revenu moyen des femmes est en moyenne égal à 58 à 65% de celui des hommes.[26] De plus, tout porte à croire que cette inégalité est accentuée par la séparation ou le divorce.[27] Weitzman (1985 : 276) conclut que, étant donné les niveaux de soutien ordonnés par les tribunaux, seuls les femmes et les enfants voient leur niveau de vie se dégrader, même lorsque le père respecte les ordonnances alimentaires. La raison en est bien simple : les hommes doivent en général verser le tiers de leur revenu net comme soutien alimentaire alors que les femmes ont besoin d'environ les trois quarts de ce revenu pour parvenir à maintenir le niveau de vie dont elles jouissaient avant la rupture.

Les données tirées de l'EMDQF à ce sujet ne sont pas surprenantes. Selon les chiffres fournis par le Conseil national du Bien-être social en juin 1986 (soit à peu près au moment où les entrevues ont été réalisées), environ 9% des hommes divorcés et 30% des hommes séparés qui n'ont pas la garde de leurs enfants disposent de revenus se situant au-dessous du seuil de pauvreté pour une personne seule. Par contre, 58% des femmes divorcées et 71% des femmes séparées (et leurs enfants) vivent au-dessous du seuil de pauvreté *après* avoir ajouté la pension alimentaire à leur revenu et tenu compte du nombre d'enfants à leur charge.[28] Tel que prévu, plus la famille est nombreuse, plus elle risque d'avoir un revenu inférieur au seuil de pauvreté. En effet, 45% des femmes avec un enfant ont un revenu inférieur au seuil de pauvreté et c'est aussi le cas de 80% des femmes avec quatre enfants ou plus.

Globalement, les paiements alimentaires diminuent le nombre de femmes et d'enfants vivant sous le seuil de pauvreté de 75 à 58%, soit une différence de 17%. C'est lorsqu'il y a deux ou trois enfants à charge (foyer de trois ou quatre personnes) que la pension alimentaire est le plus efficace pour diminuer le nombre de familles vivant sous le seuil de pauvreté.

Les données de l'EMDQF révèlent que la pension alimentaire moyenne est supérieure dans les cas avec médiation que dans les cas sans médiation. Selon les archives des tribunaux, le montant moyen des paiements alimentaires, en cas de médiation, est de 430 $ par mois, et de 332 $ pour les cas sans médiation, soit un écart de 98 $ par mois.[29] Les clients qui ont eu recours à la médiation déclarent une pension alimentaire moyene de 543 $ par mois, comparativement à 428 $ par mois pour ceux qui n'y ont pas eu recours, soit une différence de 114 $ par mois. Si l'on suppose que les paiements sont effectués, la médiation a pour effet général d'accroitre le revenu des femmes et des enfants d'environ 1200 $ à 1400 $ par an. Autrement dit, les paiements alimentaires sont en général supérieurs de 22% lorsque les ex-conjoints ont eu recours à la médiation.

Il faut reconnaitre que ces écarts sont minces. Ils contredisent toutefois l'opinion selon laquelle les femmes s'en tirent moins bien lorsque leur divorce ou leur séparation fait l'objet d'une médiation. Ces résultats pourraient s'expliquer par le fait que les écarts relevés ne sont pas attribuables à la médiation mais plutôt à un écart entre les revenus de ceux qui y ont eu recours et de ceux qui n'y ont pas eu recours. Cependant, lorsqu'on tient compte des revenus, l'écart se maintient : pour les trois niveaux de revenus choisis, le montant des pensions alimentaires est de 12 à 20% plus élevé en cas de médiation. Une ventilation plus détaillée des données sur le revenu ne modifie pas ces résultats.

Lorsque l'on examine séparément les données de chacun des trois lieux d'enquête de l'EMDQF, il apparait que dans seulement deux d'entre eux, le montant des paiements alimentaires est plus élevé lorsque les couples ont eu recours à la médiation que lorsqu'ils n'y ont pas eu recours. À Montréal et à Saskatoon, la différence est respectivement de 28% et de 11%. Pourtant, à Saint-Jean, Terre-Neuve, les paiements alimentaires sont inférieurs d'environ 4,5% lorsqu'il y a eu médiation. Autrement dit, du point de vue des femmes et des enfants, nos données suggèrent qu'il assez intéressant de faire figurer les questions alimentaires parmi celles qui doivent être débattues dans le cadre d'une médiation. Cependant, comme l'indiquent les données de Saskatoon, le seul fait d'avoir recours à la médiation et de chercher à s'entendre sur la garde et le droit de visite a un effet positif sur le montant de la pension alimentaire sur lequel les parties s'entendent.

Par ailleurs, il ne faut pas exagérer la capacité de la médiation d'atténuer les difficultés économiques qui suivent la séparation ou le divorce. Les risques que les femmes et leurs enfants se situent au-dessous des seuils de pauvreté n'est inférieur que de 4,4% dans les cas de médiation par rapport aux autres. Il semble donc admis que les femmes s'en tirent mieux dans les cas où il y a eu médiation. Cependant, l'écart entre les montants des pensions alimentaires, quoiqu'important pour le bien-être de ces familles, n'est pas suffisant pour remédier à l'état de pauvreté qui caractérise généralement les femmes et les enfants après le divorce ou la séparation. Enfin, il importe de noter que ces modestes avantages économiques que reçoivent les femmes qui optent pour la médiation en matière de divorce vont principalement à celles qui ont été en mesure de parvenir à une entente totale ou partielle; les femmes qui ont eu recours à la médiation mais n'ont pu parvenir à une entente ne s'en tirent pas mieux que si elles avaient adopté le processus du débat contradictoire.

La médiation et le respect des ordonnances alimentaires

La plupart des personnes que nous avons interrogées dans le cadre des deux projets ne l'ont pas été en vue de savoir si elles respectent ou non les ordonnances alimentaires : leur séparation ou leur divorce ne remontait pas à une date assez lointaine pour que nous puissions nous attendre aux mêmes taux de défaut de paiement que ceux signalés dans des études antérieures. De plus, le système d'exécution unique du Manitoba aurait probablement éclipsé toute autre forme d'intervention telle la médiation en matière de divorce. Quoiqu'il en soit, les données de Winnipeg révèlent qu'environ le quart des répondants ont admis revevoir (ou effectuer) leurs paiements alimentaires en retard ou que le montant n'avait pas été entièrement versé à au moins une reprise. Les femmes interrogées dans l'EMDQF semblent moins bien s'en tirer. Seulement 71% des femmes ont déclaré qu'elles recevaient toujours le montant complet et environ la moitié ont dit recevoir les paiements à la date prévue. Environ 36% des femmes ont dit que les paiements variaient ou étaient effectués irrégulièrement, tandis que plus d'un cinquième a déclaré ne pas recevoir de paiement ou des paiements inférieurs à ceux fixés par le tribunal.

Contrairement à ce que l'on s'attendait, la médiation en matière de divorce n'a pas en général d'effet positif sur le respect des paiements alimentaires. À Winnipeg, on observe en fait une tendance à ce que les défauts de paiement soient plus fréquents lorsque le couple est parvenu à une entente complète ou partielle au moyen de la médiation que lorsqu'ils n'ont pas eu recours à ce moyen. Les données pour Saskatoon et Saint-Jean ne permettent pas de déceler d'écart notable entre les clients ayant ou n'ayant pas eu recours à la médiation pour ce qui est du respect des paiements alimentaires, de la régularité des versements ou du niveau global de satisfaction à l'égard du montant imposé ou pour lequel il y a eu accord. À Montréal toutefois, le respect des paiements alimentaires est bien plus élevé au sein du groupe ayant eu recours à la médiation (97%) que chez les autres couples (66%). De plus, les femmes qui ont opté pour la médiation rapportent qu'elles ont plus de chances de recevoir les versements à temps ou généralement à temps que celles qui n'ont pas eu recours à ce moyen (85% comparativement à 73%).

On s'attend en général à ce que la médiation entraine des ententes qui seront respectées longtemps et à ce que les parties n'aient pas à se présenter de nouveau devant les tribunaux pour demander une modification ou l'exécution des ordonnances. Comme nous l'avons dit dans la deuxième partie, ce n'est qu'à Montréal que nous avons relevé suffisamment de causes dans l'échantillon pour pouvoir effectuer des analyses statistiques, quelles qu'elles soient. De même, à Winnipeg, les juges et les avocats s'entendent pour dire que le système est trop neuf pour que l'on puisse étudier objectivement les effets de la médiation sur la réapparition des litiges. Pourtant, 14,5% des clients interrogés ont déjà entamé un processus judiciaire en vue de faire modifier les ententes et 41% pensent le faire à l'avenir. Parmi ceux qui pensent revenir devant les tribunaux, le problème principal est la pension alimentaire (35,3%), puis le droit de visite (30,8%) et finalement la garde (29,0%). Il ne semble y avoir que peu de différence entre ceux qui sont parvenus à une entente en faisant appel à la médiation, ceux qui ne sont pas parvenus à une entente et ceux qui ont refusé d'avoir recours à la médiation. Nous observons à nouveau des différences importantes entre le groupe avec médiation et le groupe sans médiation à Montréal. Dans ce dernier, deux cinquièmes des femmes ont déclaré avoir demandé l'exécution de leur ordonnance alimentaire ou compter le faire. Pour le groupe ayant eu recours à la médiation, la proportion n'est que de 18%.

Lors de nos études des causes (février 1987), trop peu de causes étaient revenues devant les tribunaux de Saskatoon et Saint-Jean pour qu'il soit possible d'évaluer la capacité de la médiation de parvenir à des ententes de longue durée. Par contre, le

service de médiation du tribunal de Montréal parvient très bien à mener à des ententes qui diminuent le risque de voir les ex-époux faire de nouveau appel aux tribunaux. Lors de nos études des causes au tribunal de Montréal, seulement 72 couples, soit à peine plus de 18% de notre échantillon total, avaient de nouveau fait appel aux tribunaux pour obtenir une ordonnance modificatrice, pour présenter une demande d'exécution ou pour demander différentes mesures en vertu de diverses lois. Dans presque tous les cas (97%) les parties n'avaient pas eu recours à la médiation. Si, dans 20% des cas n'ayant pas fait l'objet d'une médiation, les parties ont de nouveau fait appel aux tribunaux, ceci ne s'est produit que dans 4% des cas de médiation. Il faut cependant noter que l'un de ces derniers cas impliquait un couple qui avait divorcé depuis longtemps avant d'avoir recours à la médiation.

La médiation, la garde et le droit de visite

Selon l'analyse des données du Bureau central d'enregistrement des divorces effectuée par des chercheurs de Statistique Canada (McKie *et al.*, 1983), dans les années 1970 les ordonnances de garde revêtaient des formes plutôt constantes et maintenant bien connues. Bien que des variations minimes apparaissent d'une province à l'autre, les données montrent que les femmes se voient accorder la garde des enfants dans 85,6% des cas. De plus, lorsque les femmes se portent requérantes, les pères intimés sont pratiquement exclus, n'obtenant la garde légale que dans environ 4% des cas. Par contre, comme le montrent les données, lorsqu'ils se portent requérants (environ le tiers de toutes les requêtes), les hommes ont plus de chances de se voir accorder la garde des enfants (43% des cas). De prime abord, il semble donc que les hommes souhaitant obtenir la garde de leurs enfants seraient bien avisés de se porter requérants.[30]

Les données plus récentes des présentes études indiquent que, même si les décisions en matière de garde semblent suivre le même modèle que les données plus anciennes, on y relève certaines différences notables.[31] Tout d'abord, les données de l'EMDQF indiquent que les femmes ont obtenu la garde dans 76,6% des cas; à Winnipeg, ce chiffre est de 65,3%. Ensuite, dans l'EMDQF, les hommes qui sont les requérants ont moins de chance de se voir attribuer la garde (22% comparativement à 43%). En fait, lorsque c'est l'homme qui institue la demande en divorce et qu'il démontre un intérêt à obtenir la garde, les tribunaux ont tendance à accorder la garde conjointe; ainsi, la garde légale conjointe a été accordée dans 8,8% de tous les cas étudiés dans l'EMDQF.[32] En outre, les données révèlent une proportion légèrement plus élevée de cas (4,4%) où la garde des enfants est accordée alternativement au père et à la mère.[33] Il ne faut pas conclure pour autant que les juges imposent la garde conjointe pour régler le litige entre les parties. Il semble plutôt que lorsque le père manifeste le désir de garder ses enfants, tant les avocats que les médiateurs — et les parents eux-mêmes, bien entendu — ont plus tendance qu'autrefois à opter pour la garde conjointe.

Les données de l'EMDQF tirées des archives des tribunaux et des entrevues avec les clients indiquent que les probabilités que les personnes qui ont eu recours à la médiation optent pour la garde conjointe sont quatre fois plus grandes que lorsque les personnes ont recours au processus judiciaire, que cette question ait fait l'objet d'un litige ou non (28,4% comparativement à 6,5%). Les archives des tribunaux montrent également que les probabilités que la garde soit attribuée exclusivement à la mère sont beaucoup plus faibles lorsque la cause est portée en médiation (54,7% comparativement à 79,4%). Les hommes ne s'en tirent pas nécessairement mieux lorsqu'ils ont recours à la médiation, mais leurs chances sont plus grandes d'obtenir au moins le droit de jouer un rôle légal auprès de leurs enfants.

Ces résultats sont quelque peu déformés par le fait que les cas de médiation sont us nombreux à Montréal qu'ailleurs et que les médiateurs montréalais préfèrent en néral la garde conjointe et le partage du rôle parental. Alors que la garde conjointe a été choisie que pour environ 5% des causes n'étant pas passées par la médiation, % des cas ayant fait l'objet de médiation à Montréal ont abouti à la garde conte. Par contraste, la garde conjointe n'a été choisie que par respectivement 7,4 et % des clients ayant eu recours à la médiation à Saskatoon et à Saint-Jean, et resctivement par 3,4 et 2,4% des couples n'ayant pas eu recours à cette méthode ns ces mêmes villes. Aucun chiffre global n'est disponible pour Winnipeg; cependnt, les chercheurs rapportent qu'environ le quart de ceux qui ont soumis leur use à la médiation ont opté pour la garde conjointe.[34]

Il ne fait pas partie de notre mandat d'entrer dans le détail de ces modalités de rde conjointe, mais il faut noter qu'environ 43% des hommes et 49% des femmes errogés ont déclaré que l'ordonnance de garde conjointe incluait la garde physie partagée. Il faut également noter que 62% des femmes et 65% des hommes ont oisi d'emblée la garde conjointe. Les personnes qui ont eu recours à la médiation ur régler leur divorce ou leur séparation semblent plus enclines que les autres à clarer qu'elles ont choisi d'emblée la garde conjointe (69% comparativement à % d'hommes et 64% comparativement à 58% de femmes). Finalement, s'ils vaient à nouveau faire un choix, 89% des hommes et 75% des femmes opteraient ur la garde conjointe. Il n'y a pas de différence à cet égard entre les cas ayant fait bjet d'une médiation et ceux qui n'en ont pas fait l'objet.

L'une des préoccupations au sujet de la réforme du droit de la famille et de la édiation en matière de divorce est que, sous la pression des Groupes de défense des oits des pères, les femmes se sentent obligées d'accepter la garde conjointe contre ur gré, de peur que leur ex-époux ne gagne sa cause s'il la porte devant les tribux. Nul doute que les médiateurs incitent les couples à prendre une entente de rde conjointe, mais nos données — tant qualitatives que quantitatives — ne perttent absolument pas d'affirmer que les femmes (ou les hommes) s'y sont sentis ligés. La plupart ont préféré la garde conjointe parce qu'ils ont estimé que cette lution était dans l'intérêt des enfants. Après un certain temps, la plupart des exoux ont déclaré voir plus d'avantages que d'inconvénients à la garde légale et ysique conjointe.

s dispositions et ordonnances relatives au droit de visite

Même si la garde n'est pas la question brûlante que l'on décrit souvent, les avots, les médiateurs, les juges et, parfois, les clients eux-mêmes, reconnaissent que question du droit de visite est presque toujours litigieuse et a tendance à le demeur longtemps après la décision finale. S'il est un rôle qui convient aux services de édiation et de consultation auprès des tribunaux, c'est celui d'organiser un régime garde viable et réaliste qui, d'une part, permet au parent qui n'a pas la garde de ster en contact avec ses enfants tout en permettant au parent responsable de la rde de se libérer pendant un certain temps de ses responsabilités parentales et, autre part, qui permet à ce dernier d'organiser sa vie et celle de ses enfants de façon évisible. De nombreuses personnes interrogés ont exprimé le besoin d'obtenir des rvices de consultation en matière de droit de visite après le divorce ou la séparaon, même s'ils avaient éprouvé peu de problèmes pour régler les questions de rde, de pension alimentaire et de partage des biens. Cette question a surtout été ulevée par le petit groupe de personnes qui tentaient d'accomoder la garde conte *et* le partage du rôle parental. De même, les clients de l'Étude de Winnipeg estient que la médiation a grandement contribué à la résolution des problèmes d'accès de droit de visite.

Lequel de ces problèmes est le plus grave ? La question demeure entière. Certes, nous avons surtout entendu parler récemment des hommes qui prétendent qu'on leur refuse l'accès à leur enfant. Mais comme nos données le laissent voir, le problème majeur du point de vue des femmes provient du fait que les hommes n'exercent pas toujours leurs droits de visite ou le font de façon irrégulière et imprévisible. Dans le premier cas, les femmes sont obligées d'assumer le rôle de parent seul et souvent elles s'inquiètent avec raison des conséquences que l'absence du père peut avoir sur la vie des enfants. Dans le deuxième cas, il devient manifestement impossible d'organiser son temps avec l'idée que les enfants seront avec leur père. En outre, les enfants courent le risque d'être déçus ou troublés lorsque les arrangements convenus sont modifiés inopinément.

Du point de vue du tribunal se pose le problème ennuyeux du respect des ordonnances alimentaires et du droit de visite. Si, pour le tribunal, ces deux types de mesures sont distincts, les parties impliquées dans ce genre de litiges ont le plus souvent un avis différent. Selon Bissett-Johnson et Day (1986:55), empêcher l'accès semble être une arme de la mère, ne pas verser la pension alimentaire une arme du père. Malgré les admonestations répétées adressées aux parties aux « audiences de justification », les tribunaux semblent incapables de dissiper ce lien.[35] Dans les paragraphes qui suivent, nous évoquerons brièvement la nature des ordonnances et des arrangements relatifs aux droits de visite puis nous étudierons de façon générale comment, du point de vue des clients, ces dispositions et ordonnances se traduisent dans la réalité.

Lorsque la garde exclusive est attribuée à un parent, les tribunaux canadiens accordent presque immanquablement à l'autre parent des droits quelconques relatifs à l'accès ou à la visite. Il semble en être ainsi même lorsque les antécédents de ce dernier comprennent la violence ou l'aliénation mentale (Bala et Clarke, 1981:64). Lorsque l'accès ou la garde a fait l'objet de contestations violentes, il n'est pas anormal de voir des ordonnances — souvent des ententes conclues grâce à la médiation — définissant les choses de manière très précise. Selon les données de l'EMDQF, ces arrangements ne représentent qu'une minorité de toutes les ordonnances relatives à la visite, soit environ 23% des divorces. Dans la majorité des cas (64%), les tribunaux présument apparemment — parfois incorrectement — que les parties elles-mêmes peuvent s'entendre sur les modalités du droit de visite. Ils considèrent alors que la question de la garde est une question ouverte, vague, ou bien ils utilisent des termes tels accès « raisonnable » ou « libéral ». À l'autre extrême, le droit de visite n'a été refusé que dans 1,1% des cas, bien que dans 12% des cas, l'intention des tribunaux ne fut pas manifeste, les droits de visite du parent à qui la garde a été refusée n'ont pas été mentionnés dans l'ordonnance.

Les probabilités que les couples aient précisé des dispositions de visite dans leur règlement sont plus élevées lorsqu'ils ont eu recours à la médiation. Dans environ 46% des cas, l'accès est prévu en termes assez spécifiques, alors que ce n'est le cas que dans environ un cinquième des causes n'ayant pas fait l'objet d'une médiation. Il ne faut sans doute pas trop s'étonner de cette différence étant donné que les couples qui s'adressent à un médiateur sont ceux qui sont en conflit au sujet des questions qu'ils doivent régler, en particulier celles liées à l'accès et au rôle parental. La médiation a donc pour effet d'exprimer plus clairement ce que l'on entend par « accès ». Par exemple, les archives des tribunaux que nous avons analysées mentionnent plus fréquemment des fins de semaine et des dates de vacances spécifiques lorsque le cas a fait l'objet d'une médiation que lorsque le couple n'a pas eu recours à ce service (39% comparativement à 17%). Et bien que le nombre de cas soit petit (36 en tout), l'accès a été défini en termes extrêmement précis dans 11% des cas ayant fait l'objet d'une médiation comparativement à seulement 5% dans les autres cas.

Il est donc clair que, dans la majorité des cas, les tribunaux préfèrent ne pas mposer de lignes de conduite aux couples en instance de divorce ou de séparation, nais qu'ils leur permettent d'arriver à une entente selon les méthodes qui leur onviennent le mieux. Lorsqu'on parle d'accès « libéral » ou « raisonnable », on ntend favoriser ainsi des relations agréables et constantes entre les enfants et les eux parents.

Les clients nous ont cependant appris que, pour certains, ces termes peuvent ignifier plusieurs choses et que pour d'autres ils sont totalement dénués de sens. lous leur avons demandé ce que signifie l'expression « accès libéral ou raisonable » et les réponses ont été très diverses. Il y a deux différences notables entre es réponses des hommes et celles des femmes. En premier lieu, environ 15% des emmes l'interprètent comme donnant entière licence à leur ex-mari de venir voir es enfants ou de les prendre quand bon lui semble. Les ex-maris, eux, ont donné ette réponse deux fois moins souvent et ils semblent estimer que ces qualificatifs libéral ou raisonnable ») confèrent un caractère positif aux ordonnances de garde. n second lieu, la notion d'accès libéral ou raisonnable semble considérablement plus onfuse et vague dans l'esprit des hommes que dans celui des femmes (46,7% comarativement à 30,4%). Il semble donc que, bien que le terme « raisonnable » soit tile et plein de sens, dans le cadre de la loi, il a peu de sens dans la vie quotidienne es gens. Le fait que les couples aient eu recours à la médiation et qu'ils en soient eut-être arrivés à une entente, ne semble pas avoir diminué cette confusion.

Les données des deux projets indiquent que, même sans modification de la légisation en matière de divorce, les juges étaient déjà portés à croire qu'il est dans l'intéêt de l'enfant d'encourager les contacts aussi réguliers que possible avec les deux arents. Pour la plupart, ils ont cependant laissé aux mains des parents divorcés la uestion de la détermination de l'intérêt des enfants. Quelque bien intentionnée que oit cette attitude, il est néanmoins évident que pour une minorité importante de ens, le sens réel de tout cela est flou. Les données qualitatives recueillies au cours es entrevues avec les clients et des discussions avec des médiateurs auprès des triunaux laissent entendre que les arrangements ouverts et vagues peuvent parfois ntraîner des conflits entre les parents et les rendre anxieux à propos du meilleur rrangement possible qui minimiserait l'effet du divorce sur les enfants.

Les sens différents que les gens attachent à la notion d'accès libéral et raisonnale et l'absence de signification même laissent supposer que certaines personnes rofiteraient d'un ensemble de normes plus claires au sujet de ce qu'on attend 'elles, c'est-à-dire ce qui est, selon les experts, un degré d'accès raisonnable et éraisonnable, compte tenu des circonstances particulières et des ressources des ntéressés. Même s'il ne s'agit pas là d'une fonction propre à un tribunal, celui-ci ourrait encourager les couples qui divorcent à rencontrer un conseiller ou un nédiateur après l'audience judiciaire. Il est peu probable qu'une quelconque ordonance relative aux droits de visite ou une quelconque consultation après le divorce uisse obliger des hommes désintéressés ou aigris à s'acquitter de leurs responsabilités parentales ou obliger des femmes hostiles ou qui ont peur de leur ex-époux à lui ermettre l'accès aux enfants. Il semble toutefois possible de fournir des services 'orientation et de médiation aux couples qui tentent à grand-peine de maximiser les ontacts entre les enfants et leurs deux parents.

La médiation en matière de divorce et les relations entre ex-époux

Ce serait faire preuve de naïveté que de croire que les personnes qui se séparent 'entendent très bien avec leur ex- conjoint, mais en général nous n'avons pas relevé e type de conflit dont il est question dans les études effectuées aux États-Unis Kressel, 1985). Dans l'ensemble des diverses sources de données, on a relevé des

preuves de conflit et d'hostilité entre ex-époux dans tout au plus un cinquième des cas. Il faut reconnaître que dans 20% des cas, les ex-conjoints sont indifférents l'un à l'autre, ou bien ils ne communiquent plus parce que l'un des deux — le mari en général — a disparu. Ce faible degré de conflit est corroboré par la description que font les gens de leur ex-conjoint. Pour ce qui des questions touchant leurs enfants, environ 43% des hommes et 52% des femmes disent avoir avec leur ex-conjoint des relations amicales, cordiales ou du moins de style communication d'affaires. Par contre, environ 21% des hommes et 16% des femmes déclarent que leurs relations sont tendues et empreintes d'hostilité. La médiation ne semble pas non plus avoir d'effet sur la tournure que prennent ces relations. En tout, environ 47% des hommes et des femmes qui n'ont pas eu recours à la médiation disent que leurs relations sont amicales, cordiales, ou du type d'affaires, comparativement à environ 37% pour les personnes ayant eu recours à la médiation. Ici encore, nous devons garder à l'esprit que ceux qui ont décidé de recourir à la médiation étaient parfois ceux qui avaient les plus grands conflits au départ et également ceux qui tentaient de maintenir un accord de partage du rôle parental.

Nous avons présenté aux personnes interrogées une liste de problèmes auxquels les couples séparés ou divorcés risquent d'être confrontés, en ce qui a trait à l'accès et au rôle parental. Dans le cadre de l'Étude de Winnipeg, nous avons demandé aux clients de répondre à une liste similaire dans le questionnaire initial puis à nouveau au cours de l'entrevue. Il ressort des données de l'EMDQF que seule une minorité, en moyenne 13,4% des hommes et 19,7% des femmes, ont déclaré avoir ce type de problèmes. La plainte exprimée le plus souvent par les femmes est que le père n'exerce pas son droit de visite tel que prévu. Les hommes, eux, se plaignent surtout du fait que leur ex-femme les dénigre auprès de leurs enfants. Il y a quelques différences, peu importantes, entre ceux qui ont eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours. Les femmes ayant eu recours à la médiation ont eu tendance à appliquer à leur cas 9 des 13 énoncés. Le résultat net est que les femmes qui ont eu recours à la médiation ont légèrement plus tendance à percevoir des problèmes de cet ordre que celles qui ont fait appel aux tribunaux pour trancher: la différence est d'environ 3%. On retrouve les mêmes différences caractéristiques chez les hommes. Un plus grand nombre d'hommes ayant eu recours à la médiation que d'hommes n'y ayant pas eu recours ont désigné 9 des 13 énoncés comme étant un problème dans leurs relations après le divorce. Le résultat est une différence moyenne d'environ 4% entre les 13 énoncés.

Pour la plupart des énoncés, les différences entre les deux groupes ne sont pas grandes et on peut conclure, avec prudence, que les ex-époux qui ont eu recours à la médiation risquent tout autant, sinon plus, que ceux qui ont recouru au processus judiciaire, d'éprouver des difficultés après leur divorce. Il est intéressant de noter qu'à une ou deux exceptions près, les femmes et les hommes ne semblent pas avoir, en matière d'accès et de rôle parental, les types de difficultés auxquels nous nous attendions.

La proportion de clients ayant reconnu éprouver des problèmes avec leur rôle parental après le divorce est quelque peu supérieur à Winnipeg que dans les données de l'EMDQF. De plus, la comparaison entre les deux ensembles de données nous apprend que ces problèmes ne s'estompent pas avec le temps. La médiation ne semble pas là non plus avoir un effet notable : le données ne font pas apparatre de relation entre le fait d'avoir eu recours avec succès à la médiation, le fait que la médiation ait échoué ou le fait de refuser la médiation, et la probabilité d'éprouver certains de ces problèmes.

En dépit des différences de méthodes de cueillette des données, les deux études s'entendent en général sur le fait que la médiation n'a que peu de répercussions mesurables sur les relations et le rôle parental après le divorce. Cependant, lorsque les données de l'EMDQF sont ventilées par territoire d'enquête, il apparaît qu'il

xiste une tendance selon laquelle, à Montréal, les hommes qui ont eu recours à la
nédiation ont plus de chance de jouer un rôle parental actif que ceux qui n'ont pas
u recours à la médiation. Par exemple, les hommes ont plus de chances de partager
responsabilité de leurs enfants (44% comparativement à 31%), et la probabilité
ue les ex- conjoints parlent de leurs enfants est de loin supérieure (74% comparati-
ement à 32%). De plus, alors que dans les autres territoires d'enquête on ne relevait
ratiquement pas de différence entre les deux groupes en termes de niveau de con-
it et d'hostilité après le divorce, 63% des femmes ayant eu recours à la médiation à
lontréal comparativement à 32% de celles qui n'y ont pas eu recours qualifient leur
elation avec leur ex-conjoint de « proche » (pour ce qui touche aux enfants). Les
ifférences entre les hommes ayant eu et n'ayant pas eu recours à la médiation ne
ont pas si remarquables : 60% du premier groupe et 53% du second ont qualifié
ur relation de « proche ». De même, un tiers des hommes et des femmes ayant eu
ecours à la médiation — comparativement à un cinquième de ceux et celles qui
'y ont pas eu recours — ont déclaré qu'il n'y avait aucun conflit au moment de
enquête. Comme l'ont fait remarquer de nombreux clients du service de médiation
e Montréal, l'une des raisons d'avoir recours à la médiation était d'éviter les conflits
l'hostilité. Autrement dit, les clients estiment que, sans cette intervention, les rela-
ons d'un bon nombre de couples après le divorce auraient été pires que ce qu'elles
ont maintenant.

es frais légaux et la médiation

Un des avantages que l'on prête à la médiation est qu'elle réduit les frais légaux
ngendrés par la séparation et le divorce des couples. Cependant, nos données ne
rroborent pas cette assertion. Dans notre échantillon, les femmes qui ont eu
ecours à la médiation estiment que les frais légaux qu'elles ont eu à payer étaient en
oyenne de 1599 $, comparativement à 1214 $ pour celles qui n'ont pas eu recours
la médiation, soit une différence de 385 $. Les hommes ayant eu recours à la
édiation estiment que les frais légaux qu'ils ont eu à payer étaient en moyenne de
08 $ supérieurs à ceux payés par les hommes n'ayant pas eu recours à la médiation
espectivement 2019 $ et 1511 $).

On pourrait faire valoir que si les clients n'avaient pas eu recours à la médiation,
s frais légaux qu'ils auraient eu à payer auraient été encore plus élevés. Les per-
onnes qui recourent à la médiation ont généralement divers points de litige et il leur
oûterait cher de les soumettre aux tribunaux. Cependant, les diverses ventilations
e nos données ne nous permettent pas de tirer une telle conclusion. Par exemple, en
énéral, les clients nous ont dit que, lorsqu'il n'y avait pas eu de litige à régler, les
ais de justice s'étaient élevés à 658 $, tandis qu'ils avaient été en moyenne de
758 $ lorsqu'il y avait eu au moins un ou deux points en litige. Les personnes qui
avaient pas eu de litige à régler mais qui avaient cependant eu recours à la média-
on estiment que les frais légaux qu'elles ont acquitté se sont élevés à 937 $, alors
u'ils étaient en moyenne de 627 $ pour celles qui n'ont pas eu recours à la média-
on. Lorsqu'il y avait des points en litige, le groupe de ceux qui ont eu recours à la
édiation estiment les frais légaux à 2071 $; pour ceux qui n'y ont pas eu recours,
se sont élevés à 1582 $, soit une différence de 489 $. Lorsqu'on ventile les frais de
stice entre ce que les clients ont estimé être une action contestée ou non, ils sont
ncore plus élevés pour ceux qui ont eu recours à la médiation.[36]

Ici aussi, lorsqu'on isole les données de Montréal, la situation est inversée : le
ecours à la médiation permet de faire baisser les frais de justice, légèrement pour les
mmes (133 $) et beaucoup plus nettement pour les hommes (517 $). Il semble évi-
ent que lorsque les couples qui divorcent ou se séparent parviennent à une entente
ur les quatre points négociables en médiation, les frais légaux sont généralement
oins élevés.

Répercussions de la médiation en matière de divorce sur le processus judiciaire

Bien qu'elles ne constituent qu'une faible minorité de l'ensemble des causes de divorce, les actions contestées monopolisent une portion importante de l'énergie des avocats et des juges ainsi que du temps des tribunaux. Bien sûr, ce sont ces causes qui retiennent l'attention des critiques du droit de la famille et de son application. Une des attentes de la médiation est qu'elle diminue le nombre d'actions contestées et permette d'entendre plus rapidement — et donc plus économiquement — les causes relevant du droit de la famille.

L'Étude de Winnipeg est principalement fondée sur des causes dans lesquelles la garde et le droit de visite faisaient l'objet de litiges. Les données de l'EMDQF portent sur un nombre plus élevé de types de divorces et de séparations; elles indiquent que, quelle que soit la situation initiale, la majorité des instances de divorce et de séparation étaient devenues, au moment de l'audience, des affaires que l'on pourrait dire de routine. S'il y a conflit et litige, c'est le plus souvent avant l'audience. Puisque les actions contestées sont surreprésentées dans l'échantillon de l'EMDQF, les données devraient montrer une exagération du nombre de disputes. Cependant les chercheurs, après avoir étudié les archives des tribunaux et avoir noté les requêtes, les réponses du défendeur, les contre-requêtes, les ordonnances provisoires, les ordonnances provisoires-provisoires, etc. ont tout de même pu déterminer environ 10% d'actions contentieuses ou très contentieuses et 15% de causes légèrement contentieuses. Autrement dit, trois quarts des actions avaient perdu leur caractère contentieux au moment de l'audience, les causes de routine n'ayant en général plus besoin que du sceau du juge qui préside à l'audience.

Les souvenirs que les clients gardent de la durée de l'audience concordent avec l'évaluation de nos chercheurs. Pour la plupart d'entre eux (61%) l'audience a duré moins d'une heure, et 22% n'ont jamais comparu en cour. Seulement environ 8% des actions ont fait l'objet de débats pendant une journée ou plus.

En général, l'audience des personnes qui ont eu recours à la médiation a été plus courte que celle des autres personnes: 77% des clients ayant eu recours à la médiation, comparativement à 56% de ceux n'y ayant pas eu recours, ont déclaré que leur cause a été entendue en moins d'une heure. Parmi les clients qui ont comparu, 36% de ceux qui ont eu recours à la médiation et 31% de ceux qui n'y ont pas eu recours ont comparu devant les tribunaux plusieurs fois.

L'Étude de Winnipeg apporte des conclusions plus équivoques quant aux répercussions sur le processus judiciaire. Les juges et les avocats interrogés dans le cadre de cette étude ne s'entendent pas pour dire que la médiation permet d'accélérer le processus judiciaire. De plus, sur ce point, certains ont émis l'opinion que, même si le processus est plus lent, le résultat final peut être meilleur. Autrement dit, le fait d'expédier les causes n'est pas forcément dans l'intérêt des parties impliquées dans les procédures du divorce. Ainsi, selon l'avis de certains, la médiation peut procurer une certaine période permettant de « se calmer » et de laisser « les choses se décanter », ce qui améliore les chances de parvenir à une « entente équitable ».

Période d'attente entre le dépôt de la requête et le jugement irrévocable

Les avis annonçant la *Loi sur le divorce de 1985* publiaient que les nouvelles dispositions relatives aux motifs de divorce donnent au couple la possibilité d'attendre pendant un an ou, s'ils ont des preuves suffisantes, d'obtenir *immédiatement* le divorce en invoquant un des indicateurs de rupture de mariage. Étant donné le retard accusé par le rôle de certains tribunaux de la famille au Canada, le terme

immédiatement » semble devoir être redéfini. Les données pour chacun des quatre tribunaux à l'étude indiquent que la période d'attente totale entre le dépôt des requêtes en divorce et le prononcé du jugement s'étend de 15 à 26 semaines; cette période atteint de 18 à 120 semaines (Montréal) dans le cas des actions contestées.[37]

Il semblerait que les personnes qui ont décidé de recourir à la médiation ont eu à attendre un petit peu moins longtemps pour obtenir une ordonnance que celles qui n'ont eu recours qu'au processus judiciaire. À l'exception des instances en séparation en vertu de la législation provinciale, les causes ayant fait l'objet d'une médiation ont été réglées plus rapidement que celles qui n'en ont pas fait l'objet. Bien que les trois territoires d'enquête de l'EMDQF présentent à cet égard la même caractéristique, la différence est particulièrement notable au tribunal de Montréal. Quel que soit le type d'action, la médiation est le moyen le plus rapide pour obtenir une ordonnance judiciaire : il y a, par exemple, une différence de 7 semaines pour les actions en divorce sans contestation, et une différence de 23 semaines pour les actions avec contestation; cette différence, pour les actions en séparation sans et avec contestation, est respectivement de quatre et *60* semaines.

Nos données ne nous permettent pas d'affirmer que le recours à la médiation pour un plus grand nombre de causes permettrait de réduire de façon notable la charge de travail des tribunaux étudiés dans le cadre de cette recherche. Il convient de rappeler la situation actuelle : seulement 3% des causes entendues devant ces tribunaux sont passées par la médiation avant le jugement irrévocable. Par conséquent, même si ces données avaient permis de dégager des différences plus notables entre les deux types de cas, il est évident que, étant donné le niveau actuel du personnel et la demande de la part des clients, on ne doit pas s'attendre à ce que les services de médiation réduisent le coût de traitement des causes en droit de la famille ou qu'ils contribuent énormément à alléger le problème chronique de l'attente qui affecte la plupart des tribunaux de la famille du pays.[38]

Soulagement de la crainte et de l'anxiété à l'égard du processus judiciaire

Au cours de nos entrevues, nous avons tenté de découvrir ce que les personnes avaient ressenti au cours du divorce et en particulier pendant l'audience. Comme on pouvait s'y attendre, le seul fait de penser à comparaître devant les tribunaux a provoqué chez les gens plusieurs réactions. Dans l'ensemble, les femmes ont ressenti davantage d'anxiété que les hommes. Ceux-ci ont été deux fois plus nombreux à affirmer qu'ils étaient confiants avant l'audience (36% comparativement à 17%). Environ 27% des clients ont connu des retards imprévus et 17% ont déclaré que leur cause avait subi des retards prévisibles. Ces retards ont eu principalement pour effet de prolonger les sentiments de peine, d'anxiété et d'insécurité liés à la rupture de mariage et au divorce qui s'ensuit. Rétrospectivement, quatre-cinquièmes des clients opteraient maintenant pour une audience à huis clos et autant préfèrerait un divorce par déclaration écrite sous serment à une audience officielle. Le fait que les gens aient eu recours à la médiation ne semble pas avoir eu d'effet appréciable sur leur préparation, leur assurance ou leur état de nervosité ou d'anxiété quant à l'audience. Ces mêmes questions n'ont pas été posées dans le cadre de l'Étude de Winnipeg; les chercheurs notent cependant que selon les clients, l'un des effets tangentiels de la médiation est de contribuer à faire comprendre le droit de la famille.

Partie V : Conclusions

Généralités

Les deux projets évoqués dans ce rapport sommaire ont évalué la médiation dans quatre milieux dits naturels, par opposition aux milieux expérimentaux. Dans le cadre de l'Étude de la médiation des divorces et des questions familiales qui considère trois lieux de recherche différents, il a été possible de comparer des causes ayant fait l'objet d'une intervention — la médiation en matière de divorce — avec des causes qui avaient suivi le processus judiciaire habituel. De l'aveu général, ce dernier constitue un moyen assez hybride puisque si certains clients ont réglé leurs différends en utilisant la procédure du débat contradictoire dans son sens le plus pur et traditionnel, d'autres en sont arrivés à un accord à l'amiable sans intenter d'action en justice, soit en négociant eux-mêmes, soit à l'aide des compétences de leurs avocats respectifs.

Dans le cadre de l'Étude de Winnipeg, les politiques en vigueur ont empêché l'établissement d'un tel système de comparaison. Ainsi, quoique ce projet fournisse un ensemble considérable de données descriptives sur un modèle précis de service de médiation en matière de divorce et de consultation en matière de séparation ainsi que sur l'efficacité *générale* de ce modèle, il ne tire pas de conclusions définitives sur son efficacité *relative*. Dans l'ensemble, les comparaisons établies entre les causes où la médiation a réussi et celles où elle a échoué ne font pas apparaître de différences significatives entre les deux groupes.

Les données de l'EMDQF indiquent des différences mesurables et systématiques sur certains types de résultats qui favorisent la médiation en matière de divorce plutôt que la procédure légale habituelle et qui sont, dans l'ensemble, dans la continuité des résultats des recherches précédentes.[39] Néanmoins, pour certains aspects étudiés, en particulier les relations entre les ex-conjoints après le divorce, il est difficile de détecter des différences entre les groupes où il y a eu médiation et ceux où il n'y en a pas eu. De plus, comme pour la recherche « Denver Custody Mediation Project » (Pearson et Thoennes, 1984), une analyse plus poussée des données de l'EMDQF indique que la plupart des avantages constatés vont aux causes où le règlement a été total ou partiel. En effet, les résultats observés pour les couples ayant essayé la médiation sans succès ne sont pas très différents de ceux obtenus pour les couples qui n'ont jamais eu recours à la médiation.

En même temps, les clients qui sont en mesure d'établir la comparaison disent souvent qu'ils ont trouvé la médiation plus humaine et en général supérieure au processus contradictoire traditionnel. De plus, comme l'a indiqué l'Étude de Winnipeg, cette opinion est très répandue : tous les intervenants du système, que ce soient les avocats, les juges, les conseillers ou les clients, croient en l'efficacité de la médiation en matière de divorce; cette conclusion semble également valable dans le cas de l'EMDQF. Ainsi, même si les résultats ne font pas apparaître de différences notables entre ce type d'intervention et le processus judiciaire habituel, la médiation peut tout de même être justifiée si tout le monde estime qu'il s'agit d'une méthode plus rationnelle et plus humaine lorsque les différends conjugaux ou familiaux semblent insolubles. Autrement dit, le processus en tant que tel est au moins aussi important que les résultats tangibles auxquels il conduit. Sloan et Greenaway (1987) concluent que l'une des qualités de la médiation est le sentiment du client d'avoir retrouvé un rôle central dans le processus de règlement du conflit : il est à nouveau impliqué dans sa propre cause.

De plus, alors que certains prétendent que parmi ceux qui ont eu recours à cette méthode pour conclure une entente, beaucoup y seraient parvenus de toute manière, de nombreux clients interrogés dans le cadre de l'EMDQF ont fait part de leur crainte de voir leurs problèmes dégénérer en conflits s'ils avaient été livrés à eux-mêmes. Leur bonne volonté initiale de s'entendre, en causant le moins de tort aux enfants, est souvent mise en péril par les émotions très intenses qu'ils éprouvent et la médiation sert parfois de soupape de sécurité. Il ne faut pas non plus négliger le service fourni aux personnes qui souhaitent se faire confirmer que l'entente qu'elles ont négociée entre elles est véritablement dans l'intérêt des enfants et qu'elle est acceptable tant du point de vue légal que sociologique.

Les répercussions sociales

Quoique les résultats de cette recherche ne tranchent pas nettement en faveur de la supériorité de la médiation en matière de divorce sur le processus traditionnel, ils n'apportent pas non plus de soutien empirique aux allégations des opposants à la médiation qui sont, pour la plupart, évoquées sous la rubrique des répercussions sociales de la présente étude. L'EMDQF démontre que, quel que soit le niveau de revenu, les femmes et les enfants s'en tirent mieux économiquement lorsqu'ils ont recours à la médiation; ce résultat est particulièrement évident à Montréal, seul service de médiation de l'étude assurant la médiation tant des questions financières et de séparation des biens que de la garde des enfants et du droit de visite.

Une deuxième préoccupation, à savoir que les droits des personnes puissent ne pas être suffisamment protégés lorsque la séparation ou le divorce est soumis à la médiation, est également sans fondement. Les médiateurs des tribunaux visés par cette recherche insistent invariablement auprès de leurs clients sur l'importance de consulter un avocat même s'ils n'ont pas l'intention de demander le divorce ou une ordonnance en vertu de la législation provinciale. De plus, à Winnipeg, l'un des avantages de la médiation réside dans la meilleure compréhension manifestée par les clients à l'égard de la loi et de leurs options juridiques. Il est évident que la plupart des clients ont suivi les conseils du médiateur et ont consulté un avocat avant, pendant ou après la médiation, et qu'ils sont aussi susceptibles d'être représentés par un avocat au tribunal que ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation. Bien que l'on dise que les membres de la profession juridique s'inquiètent de la qualité des règlements obtenus par la médiation, les avocats interrogés aux fins de l'étude n'ont pas fait état de ce genre de préoccupation et n'ont en général constaté que peu de problèmes dans les ententes qu'ils ont eu à reviser et rédiger sous forme de contrat de séparation ou de texte de règlement dans le cas d'une requête en divorce. Ces avocats n'ont pas non plus semblé craindre que la médiation empiète sur leur rôle dans les causes de droit de la famille ni qu'elle ait des effets néfastes sur leurs revenus.

Même s'il est évident que les médiateurs incitent les couples à parvenir à un accord de garde conjointe des enfants, rien n'indique que les femmes ont été « forcées » à consentir à cet accord par la crainte de perdre leur cause si la question de la garde était soumise aux tribunaux. D'ailleurs, la plupart des femmes ayant une ordonnance de garde conjointe avaient choisi celle-ci d'emblée. Au moment de l'entrevue, elles en étaient moins satisfaites que les hommes mais cela semblait dû au fait que leur ex-mari, bien que partageant la responsabilité parentale, ne s'acquittait pas de ses tâches à part égale. La garde conjointe ne constituait pas non plus une compensation pour une pension alimentaire inférieure : les femmes ayant consenti à des dispositions de garde conjointe légale, mais ayant *de facto* la garde physique des enfants, recevaient des pensions alimentaires nettement plus élevées que l'ensemble des femmes divorcées ou séparées de l'échantillon.

Portée de la médiation en matière de divorce

Lorsque les données sont recueillies dans quatre territoires d'enquête distincts, la question de la performance des modèles intervient inévitablement. En termes d'efficacité *générale*, ils semblent tous bien fonctionner. Néanmoins, les données obtenues à Montréal indiquent que la médiation est *relativement* plus efficace lorsque : 1) elle n'a pas à concurrencer d'autres fonctions telles que la prestation d'information, l'entrevue initiale, la consultation personnelle à court terme ou à long terme et peut-être surtout avec les évaluations relatives à la garde des enfants et au droit de visite ordonnées par le tribunal; 2) les médiateurs peuvent négocier librement les quatre composantes de base de la séparation ou du divorce; et 3) il existe une méthode délibérément structurée de médiation en matière de divorce. Il faut également tenir compte des contextes culturels différents dans lesquels sont placés ces services. Il est possible que la réussite relative du modèle de Montréal soit liée à une approche différente de celle du Canada anglais pour la résolution des conflits. Ainsi, le fait qu'un certain nombre de couples étudiés à Montréal aient eu recours au même avocat-conseil — procédé habituel pour les intervenants en droit de la famille de Montréal — n'a pas d'équivalent dans les autres provinces.

Parmi les particularités du service de médiation de Montréal, la politique de médiation « globale » est sans doute la caractéristique la plus sujette à controverse. Le fait est que cette politique donne des résultats et que les clients de Montréal en sont satisfaits et comptent dessus. Dans les autres lieux d'enquête de l'EMDQF par contre, les clients sont souvent insatisfaits de ce que le problème central de leur conflit ne puisse être réglé par la médiation. De fait, comme l'ont découvert Pearson et Thonnes (1984b:38), la présence de problèmes financiers non résolus peut avoir contribué au sentiment d'insatisfaction des répondants face au progrès très relatif accompli, et ce même pour les causes où la médiation a été un succès.

Dans un contexte plus général, l'expérience fournie par la recherche suggère que le problème de la médiation des questions financières, en particulier de la pension alimentaire, a été exagéré. Tout d'abord, la majorité des avocats exerçant le droit de la famille qui ont été interrogés dans le cadre de l'étude, ne sont pas opposés à la négociation par les médiateurs des questions financières et de la pension alimentaire ou sont d'avis que la pension alimentaire ne peut être dissociée des décisions prises sur la garde des enfants, le droit de visite et les tentatives de partage du rôle parental. De plus, l'expérience de Montréal montre qu'il n'est pas si difficile pour les médiateurs d'assister les couples dans la planification de leurs budgets et dans l'établissement d'un montant viable pour la pension alimentaire. En fait, il semble que les médiateurs soient souvent plus habilités à donner ce genre de conseils financiers que les avocats qui n'ont habituellement de contact direct qu'avec la partie qu'ils représentent. En somme, il y a bien peu de mystère autour de la pension alimentaire et de toute façon, l'issue de ce problème est en partie déterminée par le montant de pension alimentaire jugé équitable par les tribunaux.

La médiation relative à la séparation des biens du couple est une question plus complexe et les membres de la profession juridique y opposent une vive résistance. Mais là encore, les complexités et les risques semblent souvent exagérés. Dans de nombreux cas de ruptures, le partage des biens n'est pas très important pour la simple raison qu'il n'y a pas grand chose à partager. Et lorsque les problèmes deviennent plus complexes, les avocats les plus francs ont admis s'y perdre parfois eux-mêmes et qu'un comptable s'avèrerait plus utile dans ces cas.

Autrement dit, il n'est pas certain que si les avocats participaient plus activement à la médiation, ils seraient plus à même d'affronter les complications occasionnées par certains partages de biens. De plus, à l'instar de plusieurs autres professions, une partie de l'apprentissage de l'avocat lui sert à être en mesure de

déterminer quels problèmes relèvent du domaine de sa compétence et de son niveau d'expertise et quels problèmes en sont exclus; l'exemple le plus courant de l'institutionnalisation de cette pratique parmi les professions étant la séparation en médecine entre généralistes et spécialistes.

En résumé, toutes les données tendent à signaler que le niveau d'entente obtenu sur les questions de soutien alimentaire des enfants et du conjoint est solidaire de la résolution satisfaisante des questions soulevées par la garde et le droit de visite et que, par conséquent, elles devraient être intégrées au processus de médiation. En l'absence d'un avocat-conseil, comme au tribunal de Montréal, il n'apparat pas possible pour les médiateurs, autant dans les faits que politiquement, d'obtenir une convention sur la négociation du partage des biens. Il semble pourtant évident que les attentes des parties et les domaines de litiges, en particulier la disposition du domicile conjugal, doivent faire l'objet d'une discussion puisqu'ils établissent les paramètres de ce qui est réaliste ou non pour les négociations sur la garde et la responsabilité parentale.

Méthodes de médiation en matière de divorce

Une autre domaine général de discussion porte sur le passage que l'on a observé, de la thérapie familiale et conjugale à la médiation en matière de divorce ainsi que sur le glissement conséquent d'un modèle thérapeutique à une méthode plus actuelle et plus axée sur les tâches à accomplir. Quelle est la méthode la plus efficace? Comme l'a observé Joan Kelly (1983) aux États-Unis, la deuxième approche est préférée par un nombre croissant d'avocats qui débutent dans ce domaine. Pourtant, à notre connaissance, aucune recherche n'a encore permis de comparer les deux approches et le type d'avocats qui les pratique. Comme le souligne la présente recherche, le changement au Canada se situe plus au niveau de la terminologie que de l'approche elle-même puisque, jusqu'à maintenant, ce domaine reste presqu'exclusivement occupé par les intervenants ayant reçu une formation professionnelle en santé mentale et qui, habituellement, offrent tant des services de médiation que de consultation. En particulier au sujet des services auprès des tribunaux étudiés dans ces projets, la différence entre consultation et médiation est plus analytique qu'empirique, la ligne de démarcation entre les deux processus étant très floue ou mal définie. Ceci semble vrai même de l'approche plus structurée du service de médiation à la famille de Montréal : des observations montrent en effet que les médiateurs, tous spécialisés en sciences humaines et en travail social, utilisent alternativement les approches thérapeutique et axée sur les tâches, suivant la situation.

C'est pourquoi les données canadiennes ne permettent pas de tirer des conclusions sur l'efficacité relative des deux approches. Néanmoins, les perceptions des clients suggèrent qu'il serait erroné de trop s'éloigner du modèle et de l'approche de la thérapie familiale et conjugale, malgré la popularité d'autres méthodes. Comme nous l'avons vu, une écrasante majorité de clients étaient satisfaits du processus. De plus, même lorsque l'entente n'avait pas été possible, ils tendaient à s'attribuer la responsabilité de cet échec ou plus fréquemment, à leur ex-conjoint, plutôt qu'au médiateur ou à la procédure. Lorsqu'il y a insatisfaction, la plainte la plus courante porte sur la précipitation des événements et sur le manque de temps dévolu pour parler de sentiments; cette opinion est exprimée plus souvent par les femmes que par les hommes.[40]

En général, l'expérience de cette recherche souligne l'importance de garder une approche qui traite tant les questions d'ordre pratique que d'ordre émotif de la rupture du mariage. D'autres techniques de règlement des conflits, en particulier celles qui ont été mises au point dans le domaine des relations de travail, semblent être peu applicables au processus de rupture de mariage. Elles fonctionnent sur la base du

rincipe d'équité entre les parties, de la représentation par des avocats possédant de expérience dans la négociation et des expériences avec ce processus préalables ou cours. De plus, quoique les émotions soient souvent très intenses lors de ces situaons, ces techniques sont orientées vers un mécanisme juridique et rationnel de rise de décision.

Comme nous l'avons dit à la partie II, le processus de rupture du mariage est souent tout à fait le contraire. Les couples révèlent, au cours de la séance, une partie de ur acquis social en ce qui a trait aux inégalités entre les sexes. L'un d'eux, et souent tous les deux, a peu ou pas d'expérience des méthodes de discussion et de négoation et il n'y a bien entendu aucune représentation légale. Enfin, tous deux sont ux prises avec un mélange de chocs et d'émotions — culpabilité, colère, amertume, ostilité, doute et rancune — qui ne contribue pas à une prise de décision rationnelle.

En bref, malgré l'attrait certain de l'approche mettant délibérément de côté les nfusions émotionnelles pour régler les problèmes immédiatement apparents, nous ensons qu'elles sont irréalistes et inadéquates pour la plupart des couples qui se parent ou divorcent, tout au moins en ce qui concerne les milieux rattachés aux ibunaux considérés par ces études.

édiation obligatoire ou volontaire

Alors que la *Loi sur le divorce de 1985* était devant la Commission permanente r la loi et la justice, l'association de médiateurs nouvellement formée, (Médiation amiliale Canada), en réponse aux changements proposés, recommanda la particiation conjointe des couples en instance de séparation ou de divorce à une séance orientation et de médiation avec un médiateur compétent recommandé par le triunal (Devlin et Ryan, 1986:103). Le but de cette séance était de familiariser les indidus avec la médiation en matière de divorce et les inciter à régler leurs différends façon moins conflictuelle. Cette recommandation n'est pas devenue une dispotion de la nouvelle loi et les intervenants en ce domaine ne s'entendent pas sur ntérêt d'instaurer une tentative préliminaire obligatoire de médiation dans ces tuations.

Les données de cette recherche sont assez ambiguës sur ce point. Dans les lieux recherche de l'EMDQF, la médiation se fait surtout sur une base volontaire, une inorité seulement des recours à la médiation venant directement ou indirectement tribunal. À Winnipeg, environ 30% des causes traitées par le service sont à touss fins pratiques des causes où la médiation est obligatoire. Environ 75% de ces auses poursuivent la médiation au-delà de la première rencontre. Contrairement ux arguments assurant que la médiation obligatoire ne peut être efficace car il est mpossible d'obliger les gens à coopérer, les données semblent indiquer que les sultats, et en particulier les taux de règlement, ne sont pas tellement différents our ce type de causes que pour les causes volontaires de Winnipeg et des trois utres lieux de recherche. Rien ne prouve que les clients se soient sentis obligés de oursuivre ni qu'ils aient regretté d'avoir dû recourir à cette méthode : ils ont recomandé cette méthode dans les mêmes proportions que ceux qui y avaient participé olontairement. Il est évident que, sans cet usage de renvoi obligatoire des causes la médiation, beaucoup de couples ayant obtenu une entente par la médiation auraient jamais envisagé cette méthode et auraient dû subir une longue bataille ridique. Ainsi, la participation à une séance d'orientation obligatoire dans le cadre processus contradictoire ne semble pas avoir d'effet négatif mesurable.

Discussion

À quelques exceptions près, il ressort donc de cette recherche que la médiation produit des résultats systématiquement mais pas spectaculairement supérieurs à ceux obtenus par la négociation entre avocats ou par la confrontation devant les tribunaux et que la médiation n'a pas les conséquences négatives et imprévisibles que lui attribuent ses opposants. Par ailleurs, il semble que tant les partisans que les opposants ont exagéré leurs arguments; les affirmations des deux parties tiennent davantage de la polémique que de la démonstration empirique.

Une autre proposition, d'ordre plus spéculatif, serait de supposer que les deux points de vue sont valables, mais qu'ils décrivent une période du droit de la famille maintenant révolue ou qui peut-être n'a jamais existé de façon aussi extrême dans le contexte social, culturel et juridique canadien, par opposition au contexte américain. D'une part, la médiation en matière de divorce, pratiquement inconnue il y a dix ans, a connu sa crise de croissance et est en voie d'obtenir son statut professionnel. Pendant cette évolution, les intervenants dans le domaine ont été très sensibles aux critiques et ont indubitablement réglé de nombreux problèmes qui avaient une certaine importance il y a quelques années. D'autre part, le droit de la famille a aussi beaucoup changé du point de vue de la procédure et de l'attitude générale, tant au niveau fédéral que provincial. Et il y a tout lieu de croire que les membres de la profession juridique — les juges comme les avocats — ont favorisé ces changements tout en les intégrant à leur pratique.

Les médiateurs en matière de divorce rencontrés dans le cadre de cette recherche sont bien plus conscients du fait que les résultats de leurs efforts ont une dimension à la fois socio-émotive et juridique; comme le disent Mnookin et Kornhauser (1979), les négociations entre les parties ont lieu « dans l'ombre de la loi ». Les questions sur lesquelles s'entendent les parties à la médiation doivent répondre aux exigences d'un contrat légal, mais elles doivent également se conformer à ce que les juges de chaque juridiction considèrent être un règlement raisonnable, équitable et viable. Les médiateurs ne sanctionneront donc sans doute pas une entente qui sera rejetée par les avocats ou que les juges trouveront difficile à faire respecter. Par ailleurs, les juges des tribunaux de la famille, ou tout au moins ceux qui ont été interrogés dans le cadre de ce projet, sont de moins en moins patients à l'égard des méthodes contradictoires, surtout lorsqu'il est question du bien-être des enfants. Ils préfèrent que le couple ait recours à la médiation ou à des négociations supplémentaires, sinon ils ordonnent une évaluation sur la garde des enfants. Les avocats aussi, tout au moins ceux qui ont fait partie de cette étude, savent bien qu'une situation trop litigieuse en cour ne sera pas très appréciée par le juge. Mais, outre la crainte de provoquer la colère des juges avec lesquels ils doivent composer tous les jours, la plupart des avocats exerçant le droit de la famille croient qu'il est dans l'intérêt de tous d'éviter autant que possible les situations de conflit, surtout en ce qui à trait à la garde des enfants et au droit de visite. Ils pensent aussi que si c'est le bien-être des enfants qui doit prévaloir en fin de compte, les méthodes contradictoires traditionnelles sont souvent inadéquates. Cette opinion est également partagée par un grand nombre de personnes dont le mariage a pris fin.

L'absence de différences significatives entre les résultats selon qu'il y a eu ou non médiation ne signifie pas la condamnation de la médiation en matière de divorce. Elle révèle plutôt que le droit de la famille est devenu un système plus humain au sein duquel les buts et les conceptions des médiateurs, des juges et des avocats sont plus en harmonie que par le passé. Le domaine de la médiation en matière de divorce a évolué et a contribué à établir un régime de divorce et de séparation bien différent de celui que la Commission de réforme du droit avait décrit et condamné il y a dix ans. Au milieu des années 1980, la médiation en matière de divorce

n'est plus une innovation radicale juxtaposée à un système contradictoire tradition-nel. Il serait donc surprenant que les résultats des ententes négociées par le biais de la médiation soient très différents de ceux obtenus dans le cadre du système contradictoire actuel.

Comme nous l'avons vu dans cette étude, la médiation en matière de divorce constitue réellement un service utile pour les couples qui se séparent ou qui divorcent; ceux qui ont eu recours à cette méthode sont très satisfaits tant du processus que des résultats. En outre, les services rattachés aux tribunaux s'acquittent de nombreuses autres tâches importantes, qui vont de la divulgation de renseignements à la consultation en matière de séparation et de relations après le divorce. Cette méthode jouit d'une opinion favorable auprès des tribunaux et des membres de la profession juridique; elle semble être devenue une partie intégrante du droit de la famille. Il faut continuer à la soutenir et à l'appuyer.

Notes

1. Parmi les autres initiatives : le versement de subventions à l'organisme Médiation Familiale Canada et la rédaction d'un répertoire des services de médiation et de réconciliation au Canada.

2. L'année précédent la *Loi sur le divorce, 1968*, le taux de divorce était de 54,8/100 000 habitants. L'année suivante, il passait à 124,2/100 000 et continua à augmenter jusqu'à 285,9/100 000 en 1982. En 1985, le taux était retombé à 244,4/100 000. Depuis 1986, année d'entrée en vigueur de la nouvelle législation en matière de divorce, on a noté une nette augmentation du taux de divorce. On suppose qu'il s'agit d'une hausse à court terme engendrée par la période d'attente bien plus courte, une des principales caractéristiques de la législation. Cependant, on s'attendait aussi à une baisse du taux une fois que la nouvelle législation de 1968 aurait fini de traiter toutes les causes antérieures en retard . . . Autrement dit, il est trop tôt pour évaluer les répercussions de la nouvelle législation.

3. Voir, par exemple Ann Goetting (1981). Pour une revue récente des ouvrages, voir Richardson (1987c).

4. Voir, par exemple, Payne (1987). Pour une discussion plus générale et des conclusions plus traditionnelles, voir Berger et Berger (1984).

5. Voir, par exemple, Wallerstein et Kelly (1980); Mitchell (1985); Hetherington et autres (1982); Walczak et Burns (1984) et Luepnitz (1982).

6. Dans Payne (1973:62).

7. Voir en particulier Bottomley (1985). Voir Martin et Mahoney (1987) pour un ensemble d'articles récents traitant directement et indirectement de la question.

8. Voir Boyd pour l'énonciation récente de certaines de ces préoccupations.

9. On songea aussi à ajouter un lieu d'enquête au Manitoba (Brandon par exemple), en vue de permettre des comparaisons. Cependant, il n'existe aucune autre juridiction comparable à Winnipeg en termes de règlements, de procédures et de pratiques formelles et informelles, qui sont forgés en partie par l'importance de la communauté.

10. Un second questionnaire devait permettre une première mesure du changement, mais il ne fut rempli que par 67 clients; il fut donc abandonné pour la plupart des utilisations et les questions ont été intégrées à la liste des entrevues.

11. À Saint-Jean, le renouvellement de l'ensemble du personnel de la branche sociale et diverses autres complications ont empêché de réaliser une étude des observations approfondie.

12. L'analyse séparée de cet échantillon partiel révèle une forte concordance entre les réponses des hommes et celles des femmes aux questions factuelles. Les caractéristiques des différences de réaction face aux questions d'attitudes et aux questions subjectives entre ces hommes et ces femmes sont assez proches des comparaisons de l'ensemble de l'échantillon.

13. Irving (1980) et Folberg (1983) tracent l'historique de la médiation en tant que méthode de résolution des conflits.

14. Pour l'historique et un survol récent de la médiation au Canada, voir Devlin et Ryan (1986).

15. Cette conclusion est basée sur diverses discussions tenues lors de conférences sur la médiation. Pour une discussion pratique et convaincante de ce qui différencie la médiation en matière de divorce et la thérapie conjugale, voir Kelly (1983).

16. Tiré de la préface de « Code of Ethics, Ontario Association for Family Mediation, Code of Professional Conduct ».

17. Markowitz et Engram (1983) explorent les similitudes et les différences existant entre la médiation en matière de divorce et la médiation en matière de relations de travail.

18. La plus grande proportion de causes confiées par des avocats, telle que signalée par les médiateurs de pratique privée est corroborée par les réponses des avocats au sondage postal. En effet, 54,5% d'entre eux préfèrent envoyer des clients à des médiateurs de pratique privée et seulement 15,3% choisissent les services auprès des tribunaux; les autres, soit 30,1%, n'ont pas fait mention de leur préférence.

19. Cela dit, il convient de mentionner que certains clients interrogés dans le cadre de l'EMDQF pensaient que leur avocat avait envenimé une situation qui était déjà en train de se dégrader, que ce soit par une position trop belliqueuse ou par des retards inexpliqués et, selon le client, injustifiés pour parvenir à une entente.

20. Les avocats interrogés et qui ont répondu au questionnaire exercent assez couramment le droit de la famille. Nombre d'entre eux nous ont dit que les avocats les plus pinailleurs qu'ils connaissent sont ceux qui pratiquent surtout le droit civil mais acceptent une cause en droit de la famille pour dépanner l'un de leurs clients actuels.

21. Il est intéressant de noter que les avocats dont la pratique est pour plus de la moitié constituée de causes en droit de la famille ont incité 16% de leurs clients à recourir à la médiation. Ce chiffre n'est que de 7% pour les autres avocats.

22. Tant les entrevues que le sondage postal ont été effectués après l'entrée en vigueur de la *Loi sur le divorce de 1985*.

23. Les lecteurs désirant de plus amples détails sur les quatre tribunaux peuvent consulter les deux rapports principaux (Sloan et Greenaway, 1987; Richardson, 1987).

24. Comme le confirme le rapport de Winnipeg, les juges, les avocats et les médiateurs sont très indécis quant à savoir si les cas comportant la violence physique et sexuelle envers les femmes ou les enfants doivent être confiés à la médiation.

25. À Saint-Jean, des changements de personnel pendant la recherche ayant compliqué l'observation, il nous est difficile de décrire dans le détail la conception que les médiateurs se font de ce service ou la manière dont ils l'offrent.

26. Voir, par exemple, Armstrong et Armstrong (1983).

27. Dans ce qui est peut-être, jusqu'à présent, l'étude la plus complète et la plus ambitieuse dans ce domaine, Lenore Weitzman (1985) indique qu'aux États-Unis, lorsque le revenu est comparé aux *besoins*, le niveau de vie des hommes divorcés a *augmenté* de 42% au cours de l'année qui a suivi le divorce alors que celui des femmes (et de leurs enfants) a *diminué* de 73%. Plusieurs autres études analysent les répercussions du divorce sur les revenus des hommes et des femmes si la pension alimentaire établie par le tribunal était réellement versée. L'une d'elles, effectuée par Chambers (1979), révèle que, après avoir versé la pension alimentaire, 80% des hommes vivraient encore au-dessus du seuil de pauvreté; ces résultats sont corroborés par une étude effectuée en Alberta sur le soutien alimentaire (Institute of Law Research and Law Reform, 1981). Par contre, si les femmes qui ont la garde physique de leurs enfants ne dépendaient que de la pension alimentaire pour vivre, 97% d'entre elles vivraient sous le seuil de pauvreté ou tel qu'on l'appelle aux Etats-Unis le « lower standard budget ».

28. Bien que les chiffres sont peu élevés (N = 46), on a trouvé que 42% des hommes ayant la garde de leurs enfants disposaient de revenus ne leur permettant pas de vivre au-dessus du seuil de pauvreté.

29. Il était prévu au départ de séparer les paiements destinés à l'ex-épouse de ceux destinés aux enfants. Malheureusement, dans un nombre important d'ordonnances (dans l'EMDQF), les archives des tribunaux n'indiquent que le montant total des paiements alimentaires, souvent sans préciser clairement la séparation.

30. Les données du Bureau central d'enregistrement des divorces sur lesquelles était fondée cette étude, ne révélaient pas si les requérants demandaient la garde.

31. On trouvera une analyse détaillée des types de gardes et d'accès dans les données de l'EMDQF (Richardson, 1987).

32. La formule du Bureau central d'enregistrement des divorces ne comprenait pas de catégorie pour la garde conjointe : des comparaisons directes ne sont donc pas possibles. Les chercheurs de Statistique Canada ont estimé que ce type de jugement intervenait dans 2 à 3% des causes de divorces.

33. Il semble que le concept de la garde partagée a, dans la pratique sinon sur le plan strictement légal, deux sens. Bala et Clarke (1981:61) et Bisset-Johnson et Day (1986:48) emploient ce terme pour parler de la situation très rare dans laquelle la garde est confiée à l'un des parents et les soins et le contrôle à l'autre. Par ailleurs, le rapport de Statistique Canada sur le divorce (McKie *et al.* 1983:205) l'emploie lorsque les enfants eux-mêmes sont divisés de sorte que chaque parent a la garde d'au moins un enfant mais pas de tous. Notre échantillon ne comprenait aucun exemple de garde partagée du premier type. Lorsque nous parlons de garde partagée, nous faisons référence à sa deuxième signification.

34. Comme nous l'avons déjà vu, en vue de recueillir les données de base nécessaires à l'évaluation future de la *Loi sur le divorce de 1985*, des données ont également été recueillies à Ottawa. Le tribunal d'Ottawa ne possède pas de service de médiation, mais il est intéressant de noter qu'un peu plus de 15% des ordonnances de ce tribunal sont des ordonnances de garde conjointe. Ce pourcentage est beaucoup plus élevé qu'ailleurs, malgré l'absence de médiation. Il y a donc lieu de croire que, bien que la médiation en matière de divorce encourage la garde conjointe et le partage du rôle parental, la probabilité que ce type d'accord soit conclu varie selon la juridiction et le type de clientèle.

35. Wachtel et Burtch (1981) présentent une analyse intéressante et fouillée des tentatives d'un tribunal en vue de communiquer les questions morales et légales qui entourent le respect des ordonnances alimentaires et du droit de visite.

36. Dans le cas de l'Étude de Winnipeg, les estimations des frais légaux fournies par les clients ne sont pas disponibles. On suppose en général que la médiation est sans doute moins onéreuse mais les chercheurs ont été incapables de confirmer que c'était réellement le cas.

37. Vers la fin de la période de cueillette des données, un certain nombre de modifications ont été apportées à la procédure afin de résorber l'accumulation de causes en attente au tribunal de Montréal. Ces modifications ont semblé efficaces pour un temps mais de récentes discussions avec des avocats et des employés du tribunal donnent à penser que cette efficacité a été de courte durée.

38. Il n'apparaît pas non plus clairement que, dans le cadre des politiques et des pratiques actuelles, un nombre plus élevé de couples en train de divorcer puissent être persuadés de recourir à la médiation. Comme le font remarquer Pearson et Thoennes (1982), même lorsque le service est gratuit, plus de la moitié des personnes à qui il est proposé le refusent.

39. Consulter, par exemple, Emery et Wyer (1987) Irving et autres (1981); Pearson et Thoennes (1984a); Kelly et autres (sous presse).

40. Cet argument est également avancé par Pearson et Thoennes (1984a).

Liste des références

Ahrons, C.R.
1979 « The Bi-Nuclear Family: Two Households, One Family », *Alternative Life Styles*, 2(4).

Ambert, Anne Marie
1980 *Divorce in Canada*, Toronto: Longman Canada.

Anderson, Karen L.
1987 *Family Matters*, Toronto: Methuen Publications.

Armstrong, Pat et Hugh
1983 *The Double Ghetto*, Toronto: McClelland and Stewart.

Bala, Nicholas et Kenneth Clarke
1981 *The Child and the Law*, Toronto: McGraw-hill Ryerson.

Berger, Peter et Brigitte
1984 *The War Over the Family*, New York: Basic Books.

Bissett-Johnson, Alastair et David Day
1986 *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act, 1985*, Toronto: Carswell.

Bottomley, Ann
1985 « What is Happening to Family Law? A Feminist Critique of Conciliation », dans Brophy et Smart (1985).

Brophy, Julia et Carol Smart
1985 *Women in Law*, London: Routledge and Kegan Paul.

Boyd, Susan B.
1987 « Child Custody and Working Mothers », dans Martin et Mahoney (1987): 168-183.

Canadian Institute for Law Research and Law Reform
1981 *Matrimonial Support and Failures: Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved*, Edmonton, Alberta.

Chambers, David
1979 *Making Fathers Pay*, Chicago: University of Chicago Press.

Cherlin, A.
1978 « Remarriage as an Incomplete Institution », *American Journal of Sociology*, 84(3): 634-650.
1981 *Marriage, Divorce, Remarriage*, Cambridge (Massachussets): Havard University Press.

Commission de réforme du droit du Canada
1974 *Le tribunal de la famille*, Ottawa: Information Canada.
1975 *Le divorce*, Ottawa: Information Canada.
1976 *Rapport sur le droit de la famille*, Ottawa: Information Canada.

Coogler, O.J.
1978 *Structured Mediation in Divorce Settlement*, Lexington (Massachussets): Lexington Books.

Devlin, Audrey et Judith P. Ryan
1986 « Family Mediation in Canada: Past, Present and Future Developments », *Mediation Quarterly*, No. 11, mars: 93-108.

Eichler, Margrit
1983 *Families in Canada Today*, Toronto: Gage.

Elkin, Meyer
1973 « Conciliation Courts: The Reintegration of Desingrating Families », *The Family Coordinator*, 22(1): 60-69.

Emery, R. et M. Wyer
1987 « Divorce Mediation », *American Psychologist*, 42: 472-480.

Folberg, Jay
1983 « A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice », *Mediation Quarterly*, No. 1, septembre: 3-14.

Folbert, Jay et Marva Graham
1981 « Joint Custody of Children Following Divorce », dans Irving (1981): 71-124.

Goetting, Ann
1981 « Divorce Outcome Research: Issues and Perspectives », *Journal of Family Issues*, 2(3).

Gross, Penny
1985 *Kindship Structures in Remarriage Families*, Université de Toronto: thèse de doctorat inédite.

Haynes, J.M.
1981 *Divorce Mediation: A Practical Guide for Therapists and Counsellors*, New York: Springer

Hetherington, E.M., Martha Cox et Roger Cox
1982 « Effects of Divorce on parents and Children », dans Lamb (1982).

Irving, Howard
1980 *Divorce Mediation: The Rational Alternative*, Toronto: Personal Library Publishers.
1981 *Family Law: An Interdisciplinary Perspective*, Toronto: Carswell.

Irving, Howard, Peter Bohm et Grant Macdonald
1981 « A study of Conciliation Counselling in the Family Court of Toronto: Implications for Socio-Legal Practice », dans Irving (1981): 41-70.

Kelly, Joan B.
1983 « Mediation and Psychotherapy: Distinguishing the Difference », *Mediation Quarterly*, No. 1, septembre: 33-44.
1987 « Mediated and Adversarial Divorce: Comparisons of Client Perceptions and Satisfaction », *Proceedings, Family Mediation: The Second Annual Conference*, Banff (Alberta).

Kressel, Kenneth
1985 *The Process of Divorce*, New York: Basic Books.

Lamb, Michael
1982 *Non-Traditional Families: Parenting and Child Development*, Hillsdale (New Jersey): Lawrence Erlbaum.

Leitch, M. Laurie
1987 « The Politics of Compromise: A Feminist Perspective on Mediation ». *Mediation Quarterly*, No. 14/15, hiver 1986/printemps 1987: 163-176.

Luepnitz, Deborah Ann
1982 *Child Custody*. Toronto: D.C. Heath.

Markowitz, Janus R. et Pamela S. Engram
1983 « Mediation in Labour Disputes and Divorces: A Comparative Analysis ». *Mediation Quarterly*, No. 2, décembre: 67-78.

Marlow, Lenard
1985 « The Rule of Law in Divorce Mediation ». *Mediation Quarterly*, No. 9, septembre: 5-14.

Martin, Sheilah H. et Kathleen E. Mahoney
1987 *Equality and Judicial Neutrality*. Toronto: Carswell.

McKie, D.C., B. Prentice et P. Reed
1983 *Divorce: la loi et la famille au Canada*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services.

Ministère de la Justice Canada
1983 *Attempting to Restructure Family Law Administration*. Ottawa: Ministère de la Justice.

Mitchell, Ann
1985 *Children in the Middle*. London: Tavistock Publications.

Mnookin, R. et L. Kornhauser
1979 « Bargaining in the Shadow of the Law ». *Yale Law Journal*, 88: 960-997.

Musty, Timothy A. et Marjorie Crago
1984 « Divorce Counseling and Divorce Mediation: A Survey of Mental Health Professionals ». *Mediation Quarterly*, No. 6, décembre: 73-76.

Payne, Julien
1973 *A Conceptual Model of Unified Family Courts*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada.
1987 « The Evolution of Family Law in Response to Changing Family Structures with Special Reference for Spousal Support ». Document présenté lors du Congrès des Sociétés Savantes à Hamilton.

Pearson, J. et N. Thoennes
1982 « Mediation and Divorce: The Benefits Outweigh the Costs ». *Family Advocate*, 4: 26-32.
1984a « Mediating and Litigating Custody Disputes: A Longitudinal Evaluation ». *Family Law Quarterly*, 17: 497-524.
1984b « A Preliminary Portrait of Client Reactions to Three Court Mediation Programs ». *Mediation Quarterly*, No. 3: 21-40.

Pearson, J., M.L. Ring et A. Milne
1983 « A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sector ». *Conciliation Courts Review*, 21: 1-24.

Richardson, C. James
1984 *A Proposal for an Evaluation of Reconciliation and Conciliation Services in Canada*. Ottawa: Ministère de la Justice.
1987a *La médiation en matière de divorce au Canada: Analyse préliminaire*. Ottawa: Ministère de la Justice.
1987b *Evaluation de la Loi de 1985 sur le divorce. Phase I: Cueillette des données de base*. Ottawa: Ministère de la Justice.
1987c « Children in Divorce », dans Anderson et autres (1987).

Roman, M. et W. Haddad
1978 *The Disposable Parent*. New York: Holt, Rinehart and Winston.

Saposnek, D.T.
1983 *Mediating Child Custody Disputes*. San Francisco: Jossey Bass.

Sloan, R. et W. Greenaway
1987 *Etude sur la médiation des divorces et des questions familiales: Winnipeg*. Ottawa: Ministère de la Justice.

Wachtel, A. et B. Burtch
1981 *Excuses: An Analysis of Court Interaction in Show Cause Enforcement of Maintenance Orders*. Vancouver: Social Planning and Research.

Walczak, S.s et S. Burnss
1984 *Divorce: The Child's Point of View*. London: Harper and Row.

Wihak, Christine
1985 *Review of Literature on Mediation in Separation and Divorce and an Annotated Bibliography of Mediation Literature*. Ottawa: Ministère de la Justice.

Weitzman, Lenore
1985 *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: The Free Press.